Das gegenseitige Verhältnis der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung

von

Dr. jur. Alfred Manigk.

Habilitationsschrift,

welche der Verfasser

zur Erlangung der venia legendi

der

juristischen Fakultät der königlichen Universität Breslau

vorlegt und mit den beigefügten Thesen

am 2. November 1900, mittags 12¼ Uhr, in der Aula Leopoldina

öffentlich verteidigen wird.

Opponenten:

Herr Referendar Sintenis.
Herr Referendar Veith.

Breslau.
Verlag von M. & H. Marcus.
1900.

Inhalt.

I. Kapitel.

Seite.

Ein Rechtsgeschäft braucht nicht notwendig eine Willenserklärung zu enthalten 1

Der Begriff des Rechtsgeschäftes 1

1. Allgemeines 1
2. Der Kern des Begriffes 7
3. Der Wille 42
4. Wille und Erklärung 46
5. Objekt des Erfolgswillens 62

II. Kapitel.

Nicht alle Willenserklärungen sind Rechtsgeschäfte 71

I. Kapitel.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts.

I. Allgemeines.

Wie die natürlichen Wirkungen der körperlichen Welt einer Ursache bedürfen, so bedarf auch jede Rechtswirkung einer solchen. Die natürlichen wie die rechtlichen Ursachen sind entweder einfache oder zusammengesetzte, d. h. zur Erzeugung einer Wirkung genügt entweder eine einzige natürliche oder rechtliche Thatsache, oder es müssen deren mehrere zusammentreffen. Den Inbegriff der rechtlichen Thatsachen, die zusammen eine Rechtswirkung erzeugen, nennt man den juristischen Thatbestand dieser Wirkung. Während die Naturwirkungen sinnlich wahrnehmbar sind, sind die Rechtswirkungen nur logisch erschliessbar.

Schlossmann findet in seinem viel erörterten „Vertrage“ (S. 18, 326), dass der obligatorische Vertrag eine Sonderstellung unter allen juristischen Thatbeständen einnähme, weil er keine Wirkung erzeuge, sondern nur das Urteil in uns motiviere, dass der eine Contrahent dem anderen etwas schuldig sei. — Jener Schluss ist unrichtig. Alle rechtlichen Wirkungen sind nur logisch erschliessbar oder begründen, wie Schlossmann sagt, nur ein Urteil in uns. Das Entstehen des Eigentums ist ebensowenig wie das einer Obligation sinnlich wahrnehmbar, sondern es besteht nur in einem Urtheil, das wir aus der rechtlichen Ursache des Eigentumserwerbs (z. B. einem Rechtsgeschäft oder Erbfall) ableiten. — Wäre es mit allen Rechtswirkungen nicht ebenso wie mit der des obligatorischeu Vertrages, wären

die anderen vielmehr sinnlich wahrnehmbar, so würde es in jener Materie keine Rechtsstreitigkeiten über eingetretene subjektive Rechte geben. Die Möglichkeit eines Rechtsstreites liegt grade in dem eigentümlichen Umstande, dass die Rechtswirkungen nur in den Köpfen der Menschen bestehen, nicht aber in der physischen Natur; oder mit anderen Worten, dass sie nur ein ideelles Dasein führen, und einer realen Existenz entbehren.

Findet Schlossmann, dass der Begriff des Vertrages im Recht wertlos sei[1]), so müsste er konsequent alle rechtlichen Ursachen, die man als solche mit bestimmten Namen bezeichnet, als wertlos ansehen, den des Delikts, den des Rechtsgeschäfts überhaupt, den der Verjährung u. s. f.; denn sie haben alle nur logisch erschliessbare und nicht wahrnehmbare Wirkungen. In letzterem Umstande besteht das Wesen der Rechtswirkungen überhaupt.

Ebenso wie man sich über das Wesen der rechtlichen Wirksamkeit klar sein muss, um den juristischen Handlungen hierin nicht zu viel zuzumuten, wie es Schlossmann thut, ist in zweiter Linie auch Einverständnis darüber nötig, welche verschiedenen Arten von Rechtswirkungen es giebt.

Es herrscht, ohne dass man sich der Folgen bewusst ist, durchaus keine Einigkeit in der Behandlung dieser Frage; und doch ist sie, wie sich zeigen wird, von grosser Wichtigkeit. — Die meisten Schriftsteller[2]) zählen ausschliesslich drei Arten von Rechtswirkungen auf; sie sagen: juristische Thatsachen wirken insofern, als sie subjektive Rechte erzeugen, verändern und aufheben. Man hat hier wohl die Hauptarten vor sich, muss sich aber doch bewusst bleiben, dass dies durchaus nicht alle Arten von Wirkungen sind. Welches sind denn die Wirkungen des Eheschlusses, des Adoptionsvertrages, des Besitz-

---

[1]) „Vertrag“ S. 7, 139, 163 ff.

[2]) cf. Arndts, Pand. 6. Aufl. § 57, Karlowa, Rechtsgesch. S. 1, Zitelmann, Irrtum S. 466, Cosack, Lehrb. d. b. R. S. 144 (Überschrift des fünften Abschnitts). Endemann, Einführung i. d. Stud. d. bürg. GB. 1898, I § 58 S. 248 sagt sogar: „Die auf Grund eines juristischen Thatbestandes eintretenden Rechtswirkungen können civilrechtlich nur in der Form der subjektiven Berechtigung sich äussern“.

erwerbes, der ständigen Niederlassung an einem Orte? Es entstehen hier als unmittelbare Wirkungen — diese interessieren nämlich hier allein — Rechtsverhältnisse, und keine subjektiven Rechte, nämlich: die Ehe, das Adoptionsverhältnis, der Besitz, der Wohnsitz. Dies sind nur Rechtsverhältnisse, und doch liegen in ihnen zweifellos Wirkungen rechtlicher Thatbestände vor[1]). — Weil dies nicht erkannt wurde, kommt Endemann (Einf. I S. 258 Anm. 8) zu dem Resultat, dass die familienrechtlichen Geschäfte wie Eheschluss, Adoption keine Rechtsgeschäfte seien; denn mangels der Entstehung eines subjektiven Rechts leugnet Endemann[2]) eine direkte Rechtswirkung des Eheschlusses überhaupt, und in Bezug auf die weiteren Wirkungen der sich bereits als erste Wirkung darstellenden Ehe und der anderen familienrechtlichen Verhältnisse muss er freilich sagen, sie träten ohne Rücksicht auf den Willen ein, und es lägen daher keine Rechtsgeschäfte vor.

Bei der Bestimmung der Rechtsgeschäftsqualität darf keine der unmittelbaren Wirkungen, auch wenn diese nur in Rechtsverhältnissen, nicht in subjektiven Rechten bestehen, übersehen werden. Zweifellos ist die Entstehung jener familienrechtlichen Verhältnisse beim Abschluss von den Parteien gewollt und muss es andererseits sein, damit diese unmittelbare Wirkung eintreten soll. Daher stellen sich die sie begründenden Handlungen als Rechtsgeschäfte dar.

Auch hier zeigt sich, wie unheilvoll mangelnde Klarheit über diese fundamentalen Seiten der rechtlichen Wirksamkeit wirken kann. Man sieht sich wie Endemann genötigt, eine ganze Kategorie von juristischen Handlungen aus ihrem Heimatsgebiet, nämlich dem der Rechtsgeschäfte, auszustossen, ohne ihnen eine andere Unterkunft verschaffen zu können.

Prüft man hingegen das ganze Gebiet des objektiven Rechts so findet man eine grosse Verschiedenartigkeit der Wirkungen,

---

[1]) Denkt man im Begriff der Ehe, des Besitzes etc. sogleich subjektive Rechte mit, so ist dies inkorrekt. Diese sind vielmehr wieder erst weitere Rechtswirkungen der Ehe, des Besitzes, es sind Wirkungen von Wirkungen. Hier interessieren aber nur die letzteren, zunächst eintretenden.

[2]) cf. oben S. 2 A. 2 die dort citierte Auffassung Endemann's über die Rechtswirkungen überhaupt.

die sich auch noch nicht im Erzeugen oder Verändern von subjektiven Rechten und von Rechtsverhältnissen erschöpfen. Die Wirkungen der Genehmigung oder der Vollmachtserteilung sind z. B. noch anderer Natur, da sie weder ein Recht im subjektiven Sinne noch ein Rechtsverhältnis erzeugen[1]).

Es erübrigt sich, die Rechtswirkungen ihrer Natur nach zu unterscheiden und einzuteilen; man würde damit nichts gewinnen. Jedoch ist unerlässlich, dass man sich der Vielheit und Verschiedenartigkeit der auf dem Gebiete des Rechts möglichen Wirkungen bewusst ist.

Rechtswirkungen sind hiernach lediglich als die in Gemässheit des objektiven Rechts eintretenden Veränderungen in der Rechtswelt zu bezeichnen[2]).

Unter den in ihrer Wirksamkeit hiermit charakterisierten juristischen Thatbeständen spielen die menschlichen Handlungen die bedeutendste Rolle. Ganz besondere wissenschaftliche Sorgfalt hat man unter den juristischen Handlungen bisher den Rechtsgeschäften und Delikten zukommen lassen, und man entsprach damit dem praktischen Bedürfnis. Ungerechtfertigt ist jedoch, dass man den anderen juristischen Handlungen so wenig Beachtung geschenkt hat.

Das Bedürfnis zur Bildung weiterer Arten derselben ist jetzt ebenso gross wie ehemals zur Bildung des genus „Rechtsgeschäft“ und „Delikt“. Man muss durch Artenbildung in der Wissenschaft der mühevollen, wenig ertragreichen und dazu gefährlichen, casuistischen Behandlung der Einzelspezies aus dem Wege zu gehen suchen.

---

[1]) Dass Genehmigung und Bevollmächtigung Rechtsgeschäfte sind, wird unten S. 75 erörtert.

[2]) Ebenso Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen 1897 S. 97: „Rechtswirkungen sind Wirkungen nach Massgabe des objektiven Rechts“. — Bekker, Pand. 1889 II S. 1 hebt in Übereinstimmung mit dem Verfasser auch hervor, dass die wichtigsten Rechtsfolgen in Entstehung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen („einschliesslich der subjektiven Rechte“) bestehen. — Ebenso Matthiass, Lehrb. d. bürg. R. 1899 I S. 144. — Auch Schlossmann denkt sich den Begriff der Rechtswirkung ähnlich. — Der Ausdruck „Rechtswelt“ in obiger Definition deutet auf die erörterte Analogie zwischen Recht und Natur hin. Es ist der Inbegriff aller rechtlichen Erscheinungen in ihrem der Naturwelt ganz entsprechenden, ewigen Wechsel.

Das römische Recht empfand dieses Bedürfnis nur wenig [1]). In den Quellen sind nur vereinzelte Normen enthalten, die auf ein ganzes genus von Handlungen Anwendung finden sollen, denn schon die Bildung des genus lag bei den Römern im Argen. Man braucht nur an die systematische Einteilung der Entstehungsgründe der Obligationen zu denken. Den blossen Supplementgliedern der Quasikontrakte und -delikte fehlt jedes positive Merkmal, welches die Unterstellung einer Spezies in eine dieser Kategorien rechtfertigen könnte [2]). — Die allgemeinen Merkmale des Kontrakts und Delikts finden sich auch nur hie und da im Einzelfalle angedeutet, niemals jedoch scharf umschrieben.

Mangels Herausbildung fester Arten von juristischen Handlungen sind daher auch allgemeine Normen für dieselben kaum zu finden. Auf diese Weise sind die Versuche, aus der casuistischen Behandlung der Einzelspezies einer juristischen Handlung des römischen Rechts die allgemeinen Prinzipien, die Merkmale des genus abzuleiten, überaus schwierig und oft wegen zahlreicher Widersprüche sogar unmöglich.

Die moderne Rechtswissenschaft hat dem gegenüber die Gefahr der kasuistischen Behandlung überhaupt und insbesondere bei den im Verkehr wichtigsten juristischen Handlungen längst erkannt und andrerseits den Nutzen der generellen Behandlung. Man schuf die Kategorie des Delikts, die ja dem Namen nach auch schon den Römern bekannt war, ohne von ihnen jedoch in ihrer juristischen Struktur so erkannt zu werden, wie dies dem modernen Recht gelungen ist.

Man schuf ferner und zwar erst vor etwa zwei Jahrhunderten

---

[1]) cf. Brinz-Lotmar, Pand. IV S. 8 Anm. 9. Der hier von Lotmar ausgesprochenen Auffassung ist durchaus beizutreten. — cf. auch Pininski, Sachbesitzerwerb II S. 294 bei Anm. 1 und S. 306, 310 f.

[2]) Die Feststellung des Einzelcharakters der zu den Quasikontrakten gezählten Handlungen wird sich der Verfasser im Verlauf dieser und der vorwortlich angedeuteten weiteren Arbeit auch zur Aufgabe machen. — Wenn auch Quasikontrakt und Quasidelikt keine römischen Begriffe sind (cf. Leonhard, Institutionen S. 388), die Römer vielmehr von diesen Obligationen nur sagen, sie entstünden „quasi ex contractu“ bezw. delicto (nicht ex quasicontractu), so bezeichnen die Römer mit jenen Worten doch bestimmte Kategorien von Verpflichtungsgründen und stellen diese den Kontrakten und Delikten gegenüber, ohne dass sie selbständige generelle Merkmale hätten.

den Begriff des Rechtsgeschäfts, den die Römer auch nicht einmal dem Namen nach kannten, den sie aber in ihrem Rechtsgefühl hatten, wie aus der immerhin harmonischen Behandlung aller der von uns heute „Rechtsgeschäfte" benannten Handlungen des römischen Rechts hervorgeht. Der römische contractus ist wie unser „Vertrag" eine Spezies des Rechtsgeschäfts und das negotium ist ein dem letzteren übergeordnetes genus, in dem das Rechtsgeschäft nur wieder eine Spezies ist[1]).

Mit der Schöpfung dieser Begriffe eröffnete die moderne Rechtswissenschaft dem objektiven Recht die Möglichkeit, nun in erster Linie die genera durch seine Normen auszugestalten, so dass diese Ausgestaltung damit ohne weiteres auch den Spezies dieses Genus zugute kam. — Nun erst konnten für das Rechtsgeschäft die Principien der Stellvertretung, der Willensmängel, der Bedingung und Befristung erfolgreich behandelt werden.

Dass mit den beiden genera des Delikts und des Rechtsgeschäfts noch nicht alle juristischen Handlungen erschöpft sind, ist jedem bewusst. Durchaus zu bestreiten ist aber die Behauptung vieler Schriftsteller[2]), dass diese anderen Handlungen eine einheitliche Behandlung gleich der des Rechtsgeschäfts und Delikts nicht zuliessen, und dass auch kein Bedürfnis hierzu vorhanden wäre.

Schon hier sei der letzteren Auffassung entgegengehalten, dass das Bürgerliche Gesetzbuch mangels irgend einer wissenschaftlichen Vorarbeit auf diesem Gebiete auf die jeder Gesetzgebung erwünschte einheitliche Behandlung jener Handlungen, deren Rechtswirkungen im Gegensatz zum Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf ihr Gewolltsein eintreten, verzichten und

---

[1]) Siehe hierzu: Schall a a. O. S. 1 und 48, Brinz-Lotmar IV S. 8 Anm. 9, Wlassak, Geschichte der negot. gestio S. 57 ff., Dernburg, Pand. I § 91 Anm. 3, Pernice bei Grünhut VII S. 466 ff., Bekker, Pand. II S. 42. Anderer Ansicht sind Zitelmann, Irrtum S. 526 und Leonhard, Irrtum S. 249, die die Quellenmässigkeit des Rechtsgeschäftsbegriffes behaupten; Leonhard steht jedoch, wie dem Verfasser persönlich bekannt ist, heute nicht mehr völlig auf seinem früheren Standpunkt.

[2]) cf. z. B. Hölder, Archiv f. civ. Prax. 73 S. 58 ff.: Den Rechtshandlungen, wie die Motive des BG. sie nennen, fehle jedes positive Merkmal. — Windscheid, Pand. I § 67: Nicht alle juristischen Thatsachen erheischen und gestatten eine allgemeine Betrachtung, nur Rechtsgeschäft, Delikt und Zeitablauf.

den kasuistischen Weg wählen musste[1]). — Das Bedürfnis ist für diese Handlungen ebenso gross wie für die Rechtsgeschäfte und Delikte, denn man erreicht dadurch die immer nur vorteilhafte Möglichkeit einheitlicher Behandlung[2]).

Im folgenden werden die charakteristischen Seiten des Rechtsgeschäftsbegriffes erörtert werden, hinsichtlich deren Einverständnis notwendig ist, bevor man an die Untersuchung des Begriffes der oben erwähnten anderen juristischen Handlungen geht, die den Rechtsgeschäften insofern gerade entgegengesetzt sind, als ihre Wirkungen auch ungewollt eintreten, ohne dass sie unerlaubte Handlungen sind.

2. Der Kern des Begriffes.

Die Rechtsgeschäfte sind vom objektiven Rechte normierte, juristische Handlungen, durch die der Parteiwille seinem Interesse dienende, privatrechtliche Wirkungen verursachen kann. Dieser Begriffsbestimmung werden sich diejenigen Autoren entgegenstellen, die auch öffentlich-rechtliche Wirkungen aus „Rechtsgeschäften" entstehen lassen. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Rechtsgeschäft nur im Privatrecht wirksam ist. Würde man aus einer ungerechtfertigten Analogie auch von Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts sprechen, so müsste man sich bewusst bleiben, dass von den vom Privatrecht für die Rechtsgeschäfte als solche gegebenen Normen keine auch für jene „Rechtsgeschäfte" anwendbar sein würde. Daher ist es ratsam, den auf innere Identität hindeutenden Ausdruck „Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts" zu vermeiden[3]).

---

[1]) Mot. I S. 127.

[2]) cf. Endemann, Einf. i. bürg. R. I S. 247 zu 2.

[3]) Derselben Auffassung sind Köppen, Jahrb. f. Dog. 11 S. 144 Anm., Cosack a. a. O. I S. 145, Endemann a. a. O. — Der Verfasser führt hier — wie auch letztere Schriftsteller — keinen Wortstreit. Da die „Rechtsgeschäfte des öff. Rechts" einer besonderen Theorie bedürfen und anderer Natur sind als die Rechtsgesch. des Privatrechts, wird von jener Bezeichnung abgeraten. Denn dieselbe könnte den Irrtum erwecken, dass die öffentlichen Geschäfte der Theorie der Privatrechtsgeschäfte als Ganzes zu unterstellen seien.

Die Rechtsgeschäfte sind nach übereinstimmender Ansicht: den Parteien vom objektiven Recht an die Hand gegebene Mittel zur Bewirkung gewisser, vom Recht in Aussicht gestellter Wirkungen. Sie unterscheiden sich grade dadurch von den anderen juristischen Handlungen, dass sie dem Parteiinteresse dienstbar sein sollen. Aus diesem allgemein anerkannten Zwecke des Rechtsgeschäfts ergiebt sich von selbst das Hauptmerkmal dieses Begriffes: Die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts müssen von dem Handelnden gewollt seien. Eben dadurch, dass der Erfolgswille gefordert wird, wird das Rechtsgeschäft zu einem dienstbaren Mittel in der Hand des Menschen. Der Zweck ist die Erzielung von Rechtswirkungen. Der Zweck des Rechtsgeschäfts, ein Werkzeug in der Hand der Parteien zu sein, ist allein das alle einzelnen Rechtsgeschäfte umschliessende Band. Auf diesem Zweck allein ist nach der Ansicht des Verfassers der Begriffsinhalt des Rechtsgeschäfts aufzubauen. Was jenem Zwecke dient, aber auch nur dieses, gehört zum Begriff des Rechtsgeschäftes als solchen. Und es ergiebt sich, dass lediglich der Wille zum Rechtserfolg im Begriff verlangt werden muss, wenn eine juristische Handlung sich als Werkzeug zur Bewirkung von Rechtsfolgen darstellen soll. Das von der herrschenden Ansicht gestellte Postulat, dass jedes Rechtsgeschäft eine Willenserklärung sein muss, ergiebt sich aus jenem Zweck des Rechtsgeschäftes durchaus nicht. Der Erfolgswille allein, nicht seine Erklärung ist dem Rechtsgeschäft essentiell.

Aus der im ersten Abschnitt gegebenen Charakteristik der letzteren ergiebt sich für das Rechtsgeschäft, dass es nicht nur zur Erzeugung oder Veränderung subjektiver Rechte dient, wie viele Schriftsteller meinen [1]), sondern zur Bewirkung jedweder Veränderung in der Rechtswelt. Dem Parteiinteresse kann auch auf andere Weise gedient werden als blos dadurch, dass seine subjektiven Rechte im strengen Sinne beeinflusst werden. Die im ersten Kapitel erörterten familienrechtlichen Geschäfte erzeugen ja, wie sich dort ergab, nur Rechtsverhältnisse, und doch wird mit ihnen lediglich dem Parteiinteresse gedient.

[1]) Siehe bei Brinz-Lotmar IV S. 4 Anm. 3.

Ebenso ist es mit der Genehmigung und Bevollmächtigung, die nicht einmal Rechtsverhältnisse, sondern nur nicht weiter zu bezeichnende Rechtsveränderungen erzeugen.

Wo das objektive Recht einen Thatbestand normiert, in dem der Erfolgswille Bestandteil ist, dort liegt ein Rechtsgeschäft vor. So einfach sich dieser Satz aus dem oben erwähnten Zwecke des Rechtsgeschäfts ableitet, so hat man ihn doch nicht allgemein konsequent durchgeführt. Man hat sich, wie sich zeigen wird, durch Nebenzwecke oder Irrtümer leiten lassen und manche Handlung, bei denen diese eben ausgesprochene Voraussetzung zweifellos zutrifft, doch nicht als Rechtsgeschäft erklärt, weil dies zu Consequenzen führte, die man mit dem aufgestellten Charakter des Rechtsgeschäfts nicht vereinigen konnte.

Als Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes ergiebt sich also der Erfolgswille, d. i. die innere Absicht, die auf einen Rechtserfolg gerichtet ist[1]).

Zu erinnern ist hier an den oben S. 2 f. allgemein erörterten Punkt, dass bei der Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft vorliege oder nicht, immer die erste, direkt eintretende Rechtswirkung in Betracht gezogen werden muss. Verlangt die Rechtsordnung, dass diese direkte Wirkung gewollt ist, so liegt ein Rechtsgeschäft vor. Der Eheschluss und die Adoption sind daher, wie schon oben gegen Endemann festgestellt wurde, Rechtsgeschäfte. — Unrichtig ist es auch, wenn Endemann[2]) sagt, dass die Erbschaftsannahme kein Rechtsgeschäft zu sein brauche, da sie auch in einer pro herede gestio liegen könne. Ist eine Handlung Rechtsgeschäft, was nach obigem Grundsatz einfach und sicher zu bestimmen ist, so ist sie dies immer und verliert diesen ihr anhaftenden inneren Charakter nicht, wie Endemann zu meinen scheint, mit der Vertauschung des äusseren Gewandes. Das durch stillschweigende Erklärung des Erfolgswillens zustande kommende Rechtsgeschäft — dieser Fall liegt

[1]) Dass der Begriff des Rechtsgeschäfts von Hause aus mit dem der Willenserklärung gar nichts gemein hat, deutet auch Zitelmann a. a. O. S. 281 an: „An sich hat der Begriff des Rechtsgeschäfts gar keine Beziehung zu dem der Willenserklärung".

[2]) Einf. i. bürg. R. I.

bei pro herede gestio vor — ist begrifflich vom ausdrücklich erklärten in nichts verschieden. Diese Auffassung findet im folgenden ihre weitere, notwendige Begründung. Der Verfasser muss dieselbe schon hier der Behandlung entgegenhalten, die dem Rechtsgeschäftsbegriff bei Endemann zu Teil wird.

Die herrschende Meinung begnügt sich, wie bereits erwähnt, bei Bestimmung des Rechtsgeschäftsbegriffes nun nicht mit der vom Verfasser allein geforderten inneren Erfolgsabsicht; sie verlangt stets die Erklärung derselben. Die Mehrzahl der Juristen behandelt den Begriff der Willenserklärung als ein essentielles Merkmal des Rechtsgeschäftsbegriffes. Ohne Erklärung des Erfolgswillens soll kein Rechtsgeschäft möglich sein[1]).

Man geht bei diesem Postulat von dem Princip aus, dass der innere Wille für sich allein keine Rechtswirkungen erzeugen könne. Das Privatrecht sei ein praktisches Verkehrsrecht und könne daher blos im Innern des Menschen existente Thatsachen nicht zu rechtlich erheblichen oder gar wirksamen machen[2]). — Dieses Princip ist zwar richtig, dürfte aber doch immer nur zu dem Schlusse führen, dass in jedem Falle eine Willensäusserung nötig wäre, wenn Rechtswirkungen entstehen sollten. Unrichtig ist es, wenn der Begriff der Willensäusserung mit dem der Willenserklärung identifiziert wird, und wenn man in jenem Schluss jenen Begriff mit diesem einfach vertauscht[3]). Infolge dieses Fehlers gelangt die Mehrzahl der Autoren zu der Begriffsbestimmung, dass das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung sei.

---

[1]) Ganz der Ansicht des Verfassers ist Brinz: (Pand. IV § 563 bei Anm. 15 ff.) „Ohne den auf den rechtlichen Effekt der Handlung gerichteten Willen ist kein Rechtsgeschäft denkbar; aber ohne Willenserklärung ist es denkbar“ S. 265. — Das Gegenteil sagt Zitelmann a. a. O. S. 277: Es decken sich die Willenserklärungen mit den Handlungen mit gewillkürter Rechtsfolge. — So auch Hartmann im Archiv f. civ. Pr. 20 S. 78 unten.

[2]) cf. Keller, Pand. § 57. Brinz-Lotmar IV § 562 S. 257 ff. und die dort Citierten. Dagegen Zitelmann, Irrtum S. 249 Anm.

[3]) Cosack erwähnt z. B. in seinem Lehrbuch des bürg. R. I S. 145 ff. gar nicht den Begriff der Willenserklärung, sondern spricht lediglich von Willensäusserung. Ebenso identifiziert beide Pininski a. a. O. II 335 ff. Leonhard, Allg. Teil S. 253 Anm. hebt jedoch den Unterschied scharf hervor.

Dieser Theorie ist die Gesetzgebung gefolgt. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht nämlich, wie die Motive (I. S. 126) erkennen lassen, auch auf dem Standpunkt, dass das Rechtsgeschäft eine Willenserklärung sei. Zumal dieser Standpunkt jedoch im Gesetz selbst nicht Ausdruck gefunden hat, ist die Wissenschaft nicht daran gebunden, jenen Irrtum weiter zu pflegen.

Schon hier sei betont, dass eine Willensäusserung immer nur das Offenbarwerden des unmittelbaren, jeder äusseren Körperbewegung im Innern notwendig entsprechenden Willensvorganges ist. Jede gewöhnliche normale Handlung ist daher eine Willensäusserung; sie ist aber nicht immer eine Willenserklärung. Diese offenbart nämlich nicht den unmittelbaren Willen zur Handlung, sondern die fernere Absicht, deren Verwirklichung die Handlung dienen soll, den Willen zum Erfolge.

Diesen Unterschied hebt schon Schall in seiner lehrreichen Abhandlung „Parteiwille und Rechtserfolg“ [1]) hervor. Er nennt jenen unmittelbaren Handlungswillen: voluntas und den Erfolgswillen: consilium. — Ganz besonders wird dieser bedeutsame Unterschied aber von Zitelmann erörtert [2]). Dieser Schriftsteller unterscheidet in seinem nach Ansicht des Verfassers meist zu Unrecht angegriffenen Werke über den Rechtsgeschäftsbegriff entsprechend den unmittelbaren und den mittelbaren Willen, welche Ausdrücke als die treffendsten auch von dem Verfasser in dieser Arbeit verwertet werden. Der Begriff der Willenserklärung findet unten noch seine nähere Erörterung.

So richtig es ist, beim Rechtsgeschäft eine Willensäusserung zu verlangen, so unrichtig ist es, eine Willenserklärung begrifflich zu fordern. Es wird sich zeigen, dass bei jeder der juristischen Handlungen, die der Verfasser im Gegensatz zu anderen Auffassungen zu den Rechtsgeschäften zählt, eine Willensäusserung vorliegt, also das Offenbarwerden des unmittelbaren Willens, m. a. W. eine Handlung. Aber nicht bei allen liegt eine Willenserklärung vor.

Aber auch die meisten von denjenigen Schriftstellern, die

---

[1]) a. a. O. S. 12.

[2]) a. a. O. S. 117 ff, 243 f.

den Begriff der Willenserklärung in diesem engeren, allein richtigen Sinne verstehen, behalten ihn in der Definition des Rechtsgeschäftsbegriffes bei und sagen zur Begründung, dass die anderen, von den Wirkungen des Rechtsgeschäfts mitbetroffenen Personen ein rechtliches Interesse an der Erklärung des mittelbaren Willens zum Erfolge hätten. Die Erklärung sei für sie das einzige Mittel zur Erforschung des inneren Willens des Handelnden. Dies trifft, wie sofort ersichtlich ist, aber zunächst nur auf die Verträge zu, wo jeder Handelnde mindestens noch einen Gegner hat, dem er seinen Willen kundthun muss, und ferner auf diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, die ausser der Rechtssphäre des Handelnden noch eine fremde berühren, wie z. B. Auslobung, Testament, Creation eines Inhaberpapiers, Stiftungsakt, Kündigung[1]). Der Handelnde will mit solchen Rechtsgeschäften auch auf eine fremde Rechtssphäre einwirken, er wendet sich mit dem betr. Rechtsgeschäft an andere Personen und muss seinen Erfolgswillen daher offenbaren.

An diesem Punkte, an dem man das Gebiet der Rechtsgeschäfte fast ganz durchschritten, und bis zu dem man überall das Bedürfnis zu einer Erklärung des Willens festgestellt hat, bleiben die meisten Autoren nun stehen und stellen das Erfordernis der Erklärung für jedes Rechtsgeschäft auf. Und doch giebt es auch einseitige Rechtsgeschäfte, die ausser der Rechtssphäre des Handelnden keine andere berühren, und auf die jenes Erfordernis daher auch nicht zutreffen kann. Es sind dies die Occupation und Dereliktion. — Man muss bedauern, dass diese beiden Handlungen bisher das gemeinsame Schicksal gehabt haben, heimatlos auf dem grossen Gebiet des Rechts umhergeirrt zu sein, ohne irgendwie dauernde Aufnahme zu finden. Und es ist Zeit, dass sie nun zur Ruhe kommen.

Zur Feststellung des rechtlichen Charakters dieser beiden Handlungen ist lediglich die Frage zu entscheiden, ob das objektive Recht im Thatbestand dieser beiden Handlungen die Erfolgsabsicht verlangt.

Die römischen Quellen geben über diese Frage stets nur

[1]) Zur Kündigung siehe unten S. 75 ff.

spärliche Auskunft. Ausser den oben S. 5 bereits erwähnten vier genera von Handlungen, durch die Obligationen erzeugt werden, hat das römische Recht keine weiteren Arten von juristischen Handlungen herausgebildet oder in ihrer rechtlichen Struktur untersucht. Wenn es auch schon im römischen Recht Handlungen gab, die die moderne Rechtswissenschaft wegen des im römischen Recht normierten Thatbestandes derselben als einseitige Rechtsgeschäfte bezeichnet, so blieb diese entscheidende Qualität der letzteren den Römern unbekannt.

Was die Occupatio betrifft, so findet sich zur Bezeichnung der betreffenden Handlung in den Quellen der Ausdruck „occupare". Das römische Recht kennt also einen besonderen Begriff für diese Handlung, woraus zu schliessen ist, dass dieselbe sich in ihrem Thatbestand von allen anderen Handlungen, insbesondere den ihr ähnlichen, unterscheidet.

Das Homogene und Heterogene erkannten die Römer im Recht mit Sicherheit und bewiesen dies durch entsprechende gleiche bezw. abweichende Bezeichnungen. Man kann daher sicher sein, dass occupare nicht etwa ebenso viel ist wie Possidere (rem nullius). Aus l. 3 D. 41, 1 (Gaius) geht hervor, dass die Voraussetzung der Herrenlosigkeit nicht im Begriffe des occupare schon mit enthalten ist. Denn die lex enthält offenbar ein synthetisches Urteil: quod nullius est, occupanti conceditur. — Dass das occupare in erster Linie eine äussere Handlung enthält, wird von dem ganzen Titel de acq. rer. dom. eifrig betont. Dieser Titel behandelt sogar nur dieses corpus des Thatbestandes der Occupatio, das ja sehr verschiedene Gestalt haben kann[1]). Der animus, der nach der Meinung des Verfassers ausserdem im Begriff des occupare enthalten ist, wird nicht erörtert, da ja, wenn jemand an einer offenbar herrenlosen Sache das corpus herstellt, er dies praktisch meist in der Absicht, Eigentum zu erwerben, thun wird: Möglichkeiten

[1]) Unter „corpus" wird im Folgenden immer die äussere Handlung, die in einem Thatbestand erfordert wird, verstanden; bei der Occupatio ist dies also die Besitzergreifung bei der Dereliktio die Besitzaufgabe, bei den Realkontrakten die Hingabe der res u. s. w. — Als animus bezeichnet der Verfasser hingegen stets den vom objektiven Recht etwa erforderten inneren Erfolgswillen.

aber, die der Lebenserfahrung fremd waren, zogen die römischen Juristen nicht gern in den Bereich wissenschaftlicher Erörterung.

Mangels der Möglichkeit eines direkten Quellenbeweises muss man daher zu einer Analogie Zuflucht nehmen. Bei der Dereliktion werden nämlich von den Quellen streng zwei Möglichkeiten auseinander gehalten, weil sie hier auch von praktischer Bedeutung waren. Es kann jemand bei Vornahme des corpus der Dereliktion nämlich einen verschiedenen animus haben: Den der blossen Besitzaufgabe oder den der Eigentumsaufgabe (cf. § 47. J. 2. 1 und 9. 8. D. 41. 1). Im ersten Falle bleibt ihm trotz Vornahme des corpus das Eigentum seinem Willen gemäss erhalten, und nur der Besitz geht verloren. Hieran zeigt sich, dass bei der Dereliktion einer Sache der Erfolgswille des Derelinquenten verlangt wurde, nämlich der dem eintretenden Rechtserfolg entsprechende Wille.

Die Prokulianer wollten den Rechtserfolg der Dereliktio nicht ganz dem Willen des Derelinquenten entsprechend statuieren (2. 1, D. 41. 7: non desinere rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit). Sie schoben eine weitere Voraussetzung in den Thatbestand der Dereliktio ein. Das Eigentum sollte, so lange es nicht einer anderen Person zugefallen ist, dem Derelinquenten selbst gegen seinen Willen erhalten bleiben. Diese Meinung drang aber nicht durch[1]). Der Rechtserfolg sollte dem Willen entsprechen. Dies betonen eine Reihe anderer Quellenstellen, so z. B. l. 1. D. 41. 7: res derelicta statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur. — Aus dem letzten Satze ist zugleich zu ersehen, dass auch schon die Römer die Analogie zwischen Occupatio und Dereliktio verwerteten. Die Occupatio war der contrarius actus der letzteren. Verlangt das römische Recht, wie aus der oben citierten Institutionenstelle hervorgeht, und wie auch die meisten Schriftsteller annehmen, bei der Dereliktio den Erfolgswillen, so ist dies auch für die Occupatio in Anspruch zu nehmen[2]).

---

[1]) Vergleiche hierzu Leonhard, Institutionen S. 276 (derelictio und traditio in incertam personam).

[2]) Auf dem Standpunkt des Verfassers stehen die meisten Autoren: cf. Dernburg, Pand. I § 203: „Occupation ist die Besitznahme herrenloser Sachen

Hieraus ergiebt sich, dass an einer herrenlosen Sache auch blos Besitz erworben werden kann, wenn nämlich nur der animus poissidentis vorliegt. Daraus folgt weiter, dass in diesem Falle durch Änderung des blossen animus d. h. inneren Willens Eigentum erworben wird, indem dann der Thatbestand der Occupatio successiv verwirklicht wird. In dieser Beziehung ist z. B. an folgenden Fall zu denken: Jemand sieht eine nur verloren gegangene Sache als derelinquiert an und apprehendiert sie mit Aneignungswillen. Er erwirbt nur Besitz, da das Eigentum vom Verlierer nicht aufgegeben ist. Solo animo könnte jetzt aber sowohl der Eigentümer derelinquieren, als auch darauf der Finder occupieren. — Dass es in diesem Falle unbegründet wäre, eine erneute corpus-Handlung zu verlangen, leuchtet ohne weiteres ein und wird unten noch genauer erörtert werden [1]).

Die Dereliktion wird von den meisten Schriftstellern ebenso behandelt wie die Occupatio, teilt daher das Missgeschick derselben, als Rechtsgeschäft bisweilen verkannt worden zu sein. Welche Gestaltung die Dereliktion im praktischen Leben auch an-

---

mit dem Aneignungswillen". Leonhard, Irrtum S. 249 zählt die Occupatio und Dereliktio zu den negotia iuris d. h. den Handlungen, die die Absicht ausdrücken, einen vom objektiven Recht verheissenen Erfolg herbeizuführen. Sintenis, Civilrecht § 19 Anm. 1: Der Wille des Occupanten ist unmittelbar auf Entstehung des Eigentums gerichtet. Gimmerthal, der die römische Occupatio im Arch. f. civ. Pr. 52 S. 536 ff. ausführlich erörtert, fordert ebenfalls den Erfolgswillen, ebenfalls Brinz, Pand. IV § 563 S. 264. Keller, Pand. § 49, meint, dass dort, wo die juristische Wirkung als untergeordnet im Bewusstsein zurücktritt, wie bei Occupation durch Jagd und negotiorum gestio, ein Rechtsgeschäft nicht vorliege. — Hiermit macht auch Keller den Rechtsgeschäftsbegriff von unerheblichen Momenten abhängig. Was im speziellen Falle Inhalt des Bewusstseins ist, ist für die vorliegende Frage ganz gleichgiltig. Zu fragen ist lediglich danach, ob die Rechtsordnung im Thatbestand die Erfolgsabsicht verlangt. — Vergl. auch Brinz-Lotmar IV S. 11 Anm. 14 und Lenel, Jahrb. für Dogm. 19 S. 165 Anm. 23 und S. 169 ff. über die verschiedene Behandlung der beiden Handlungen.

[1]) Siehe S. 20 f. Derselben Auffassung ist Zitelmann, Irrt. S. 249 Anm. Unvereinbar mit der hier ausgesprochenen Auffassung ist die Behauptung auf S. 312, dass „die Absicht auf Eigentumserwerb durchaus nicht Thatbestandsmoment für den Eintritt des Eigentumserwerbs ist". — Ihering, Besitzwille S. 205 verlangt bei der Occupatio nicht den Erfolgswillen und stellt sie daher fälschlich mit der Spezifikatio auf eine Stufe.

nehmen mag, rechtlich müssen auch hier immer corpus und animus unterschieden werden und wurden, wie erwähnt, auch im römischen Recht unterschieden. — Wenn auch der Fall möglich ist, an den Pininski[1]) denkt, dass jemand seinen Zigarrenrest ohne jedes Bewusstsein von einem Erfolge wegwirft, so wird unsere Ansicht hierdurch nicht widerlegt. Geschäfte, die der Mensch häufig oder gar gewohnheitsmässig vornimmt, werden im Lauf der Zeit ihre praktische Gestaltung dahin verändern, dass ihre rechtlichen Folgen, die zunächst immer mit ihnen bewusster Weise bezweckt waren, nicht mehr ins Bewusstsein des Handelnden treten. Dies ist aber nichts weiter wie eine Eigentümlichkeit des menschlichen Geistes, durch die der rechtliche Charakter einer Handlung nicht verändert wird. Ein beschäftigter Kaufmann nimmt z. B. die Kaufgeschäfte in seinem Laden mit der Zeit auch ganz mechanisch vor; er denkt, zumal bei Barkäufen, nicht an die Folgen jedes einzelnen Kontrakts, auch nicht an die wirtschaftlichen; er giebt dem Käufer nur das Gewünschte und nennt den Preis; und doch wird durch die Möglichkeit eines solchen Kaufgeschäftes der rechtliche Charakter des Kaufes als Rechtsgeschäft nicht verändert. Ebenso wenig verändert sich der Charakter der Dereliktio als eines Rechtsgeschäftes, wenn dem Derelinquenten infolge der wirtschaftlichen Geringfügigkeit des von ihm in dem von Pininski angeführten Beispiel vorgenommenen Geschäftes, dessen juristische oder wirtschaftliche Folgen[2]) nicht ins Bewusstsein treten.

Insbesondere ist es nämlich die Gewohnheitsmässigkeit und die wirtschaftliche Irrelevanz, die den Inhalt des menschlichen Bewusstseins im praktischen Leben modifizieren, — ohne dass dadurch jedoch der Rechtscharakter der betreffenden Handlung verändert wird.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt in §§ 958. 872 für die Occupatio den Erfolgswillen. Nimmt nämlich jemand eine herrenlose Sache „als ihm gehörend“ in Besitz, (d. h. nicht, weil sie ihm gehört, sondern, damit sie ihm gehört), so ist

---

[1]) Sachbesitzerwerb II S. 327.

[2]) Zum Unterschied dieser beiden Arten von Folgen siehe unten S. 62 ff.

dies der Erfolgswille, den auch das römische Recht im Thatbestand dieser Handlung verlangte[1]).

In § 959 BG. wird der Erfolgswille ferner auch für die Dereliktion erfordert.

Sowohl im römischen wie im deutschen bürgerlichen Recht stellen sich die Occupatio und Dereliktio daher als Rechtsgeschäfte dar. Der rechtlich normierte Thatbestand beider Handlungen wird dem Parteiwillen ganz in demselben Sinne zur privaten Verfügung gestellt, wie der Thatbestand des Kaufs, des Testaments, des Darlehns. Jene sollen ebenso wie diese Mittel zur Erzeugung von Rechtsfolgen sein. Daher wird der Erfolgswille von den Rechtsordnungen auch bei ihnen verlangt, und daher sind auch sie Rechtsgeschäfte (cf. S. 9 oben).

Wäre man der entgegengesetzten Ansicht, dass der Erfolgswille bei diesen Handlungen nicht essentiell sei, so würde es schwierig sein, ein Motiv dafür anzugeben, dass das Gesetz auch ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden die entsprechende Rechtswirkung eintreten läst. Entweder normiert

---

[1]) Entgegen seiner oben S. 14 Anm. 2 citierten Ansicht über die römische Occupatio meint Dernburg in seinem bürg. R. III § 110 S. 309: „Eigentum erwirbt auch, wer bei Aneignung der irrigen Ansicht ist, nicht Eigentümer zu werden, z. B. wenn man eine herrenlose Sache an sich nimmt, die man irrtümlich als einem Dritten gehörig ansieht. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Der Irrtum schliesst auch hier wie bei allen Rechtsgeschäften den Erfolgswillen aus, und es tritt daher die gewollte Rechtswirkung nicht ein. — Leonhard, Allgem. Teil S. 253 meint, dass das BGB. Handlungen wie die Occupatio und Spezifikatio aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte deswegen ausschliesse, weil sie nur eine Willensäusserung, aber nicht eine Willensmitteilung in sich schlössen. Nach der Ansicht des Verfassers ist es jedoch kein Essentiale des Rechtsgeschäfts, dass es eine Willensmitteilung enthält. Man darf der in den Motiven (I 126) gegebenen Definition, wie oben S. 11 hervorgehoben wurde, nicht weiter folgen. Unter den „der Wahrnehmung nicht bedürftigen, einsamen Rechtsakten" Leonhards befinden sich auch Rechtsgeschäfte — diejenigen nämlich, bei denen der Handelnde den Erfolgswillen haben muss. Hingegen ist die Spezifikatio (cf. oben S. 15 f.) kein Rechtsgeschäft. Soweit die für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften des BGB. sich auf Willenserklärungen als solche beziehen, sind sie für den Rechtsgeschäftsbegriff in dem vom Verfasser bezeichneten Sinne natürlich untauglich, im übrigen aber analog anwendbar.

das Gesetz nämlich den Thatbestand einer Handlung, damit diese ein dienstbares Mittel in den Händen der Parteien sei: Dann liegt ein Rechtsgeschäft vor; oder es wird ein Thatbestand normiert, weil das Gesetz — zuletzt natürlich auch immer im Parteiinteresse — eigene Zwecke dadurch verfolgen will, deren Verwirklichung von den die Handlung vornehmenden Personen nicht beabsichtigt zu sein braucht. Immer muss in diesem zweiten Falle ein solcher Zweck des Gesetzes vorliegen, der zur Normierung des Thatbestandes und seiner Wirkung geführt hat [1]). Was sollte nun zur Normierung der Occupatio oder Dereliktio motiviert haben, wenn deren Wirkungen auch ungewollt einträten, also einem reinen Gesetzeszwecke dienten? Was sollte den Gesetzgeber veranlassen, demjenigen, der eine herrenlose Sache blos an sich nimmt, um sie etwa zu beschauen und dann wieder fortzuwerfen, mit der Besitzergreifung sogleich Eigentum zu geben? Dieselbe Frage stellt der Verfasser für die Dereliktio. Beide Handlungen sind Rechtsgeschäfte.

Sind sie aber der Kategorie der Rechtsgeschäfte einverleibt, so darf die Definition des Rechtsgeschäftsbegriffes diese beiden Spezies nicht unberücksichtigt lassen. — Dessen war man sich allerdings meist bewusst. Diejenigen Autoren, die im Rechtsgeschäft stets Willenserklärung verlangten, halfen sich einfach auf die Weise, dass sie auch im Thatbestand der Occupatio und Dereliktio eine Willenserklärung behaupteten. — Diese Meinung hat einen Schein des Rechts für sich. Zufällig nämlich verlangt das objektive Recht ausser dem animus bei beiden Handlungen noch ein corpus [2]). Es ist natürlich, dass die Art und Weise dieses corpus (bei Occupation: Besitzergreifung, bei Dereliktion: Besitzentäusserung) dem späteren Rechtserfolge vorarbeitet und ihm schon äusserlich entspricht. Dieses Entsprechen veranlasste den Irrtum oder die Möglich-

[1]) Der Begriff dieser hier angedeuteten Kategorie von juristischen Handlungen wird vom Verfasser demnächst einer Untersuchung unterzogen werden. Hierher gehören die Spezifikatio, die Wohnsitzbegründung, der Besitzerwerb und -verlust (auch nach römischem Recht), die negotiorum gestio u. a.

[2]) Insofern gehören beide Handlungen zu den Realgeschäften, bei denen zum animus resp. dessen Erklärung noch eine res oder ein factum als „corpus“ hinzukommen muss.

keit, das corpus als stillschweigende Willenserklärung aufzufassen, was sie aber niemals an sich ist. Eine stillschweigende Erklärung muss nämlich, wenn sie als solche gelten und wirken soll, eindeutig und unzweifelhaft den inneren, aus ihr zu erschliessenden Willen ausdrücken. Würde sie mehrdeutig sein, so würden in ihr nicht etwa alle die möglicher Weise zu erschliessenden Willensrichtungen ausgedrückt und wirksam werden. — Wenn man die sonst gegebene hundertfache Wirksamkeit einer Willenserklärung verhindern will, muss man streng Eindeutigkeit der stillschweigenden Erklärung verlangen, wie man sie richtiger Weise auch von der ausdrücklichen Erklärung verlangt.

Das aber wird niemand behaupten, dass das corpus bei der Occupation und Dereliktion eindeutig auf den entsprechenden Erfolgswillen hindeutet. Ist das corpus beim Besitzerwerb denn ein anderes als bei der Occupatio? und doch liegt dort ein ganz anderer animus vor. Man kann daher nicht sagen, dass die corpus-Handlung hier Aneignungswillen und dort Besitzwillen bedeute, wenn nichts äusserlich Erkennbares auf die Verschiedenheit des animus hinweist. Ebenso kann dieselbe anscheinende Dereliktionshandlung dem inneren Willen, das Eigentum aufzugeben, und auch dem, nur den Besitz aufzugeben, entsprechen; daher darf man auch dieses corpus nicht als stillschweigende Erklärung anffassen wollen.

Hölder hat völlig Recht, wenn er[1]) meint, dass nicht alle Rechtsgeschäfte Willenserklärungen seien; und dass, ob Occupation vorliege oder nicht, nur durch den inneren Willen bestimmt werde. Lotmar polemisiert hiergegen mit Unrecht mit der Behauptung[2]), dass mit jener Auffassung nicht bewiesen werde, dass der Ausdruck des Occupationswillens überflüssig sei, sondern nur, dass die Apprehension ein zweideutiger Ausdruck desselben und diese Zweideutigkeit, wie sonst, zulässig sei. — Ebenso sagt auch Pininski[3]): Ob der animus sibi oder alieno nomine oder nur zu vorübergehendem Zwecke in der

[1]) Pand. § 41 Anm. 1.
[2]) Brinz, Pand. IV § 562 Anm. 1.
[3]) a. a. O. II S. 348.

Apprehension ausgedrückt werden soll, das kann im Augenblick der Ergreifung noch zweifelhaft sein und wird oft erst durch das nachfolgende Verhalten des Apprehendenten festgestellt. — Wir halten dem zweierlei entgegen: Einmal nimmt die vorliegende Zweideutigkeit des Rückschlusses auf den inneren Willen der Erklärungshandlung den Charakter als konkludenter Erklärung. Ferner müssten jene Autoren dann auch konsequent der Meinung sein, dass bei den anderen Realgeschäften[1]) der Realakt stets die ausdrückliche Willenserklärung ersetze und als konkludente Erklärung fungiere. Nachträglich würde sich auch hier zeigen, was früher einmal beabsichtigt gewesen ist: ob die Hingabe der res den animus mutuandi oder den animus donandi enthielt; nämlich bei der eventuellen Erfüllung. Falls diese aber verweigert wird, würde jene Zweideutigkeit nie gelöst werden. Diese Möglichkeit besteht offenbar bei allen Realgeschäften, deren Wesen aber doch darin besteht, dass zum animus oder dessen Erklärung noch ein selbständiges corpus hinzukommen muss[2]). Unrichtig ist daher, wenn Schall[3]) von den Realgeschäften sagt: „Oft enthält das hinzukommende factum zugleich die Willenserklärung; aus der datio mutui folgt der animus mutui dandi". — Im Begriff der „datio mutui" steckt doch, wie sofort zu ersehen ist, kein blosses Faktum, sondern bereits der Zweck, die Absicht bei der datio, die niemals in der datio als solcher ausgedrückt sein kann, sondern ausser ihr konkludent oder ausdrücklich ihre Erklärung finden muss, damit ein Darlehn zustande kommt. So wenig man bei den Realkontrakten wie allen Realgeschäften eine ihnen den rechtlichen Charakter erst aufprägende Willenserklärung ausser der res entbehren kann, so entbehrlich ist die Willenserklärung im allgemeinen Begriffe des Rechtsgeschäfts.

Dort wo das Realgeschäft eine fremde Rechtssphäre berührt, muss der animus erklärt werden. Als Erklärungshandlung in diesem Sinne kann aber niemals das corpus als solches fungieren; die Erklärung muss vielmehr zum corpus noch hin-

[1]) S. über diesen Begriff oben S. 18 Anm. 2.

[2]) Hierzu sagt auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 243: „Jeder dieser beiden Momente hat eine eigentümliche Funktion zu erfüllen".

[3]) a. a. O. S. 26.

zukommen. In Verbindung mit anderen Äusserungen oder Umständen kann der Realakt zur konkludenten Handlung werden; allein ist er es wegen der ihm anhaftenden, eventuell nie zu hebenden Vieldeutigkeit nicht. Wo aber, wie bei Occupatio und Dereliktio die eintretende Wirkung keine fremde Rechtssphäre berührt, dort muss das objektive Recht auf die Notwendigkeit einer Erklärung des animus verzichten, da sie hier keinen Sinn hat und überflüssig ist.

Schon oben S. 15 wurde an den Fall gedacht, dass jemand zunächst nur den Besitz einer herrenlosen Sache erworben hat und dann erst occupiert. Aus den hier erörterten Gründen folgt die Richtigkeit der schon dort aufgestellten Behauptung, dass es in diesem Falle nur einer Änderung des inneren animus bedarf, um zu occupieren. Mit dem Aneignungswillen liegt dann der ganze Thatbestand der Occupatio vor. Das corpus war bereits verwirklicht — nämlich als Thatbestandsmoment des blossen Besitzerwerbs. Es wäre überflüssig und rechtlich unrichtig, hier ein erneutes corpus zu verlangen, als ob dieses corpus nun auf einmal den animus dominii acquirendi ausdrücken könnte, nachdem ganz dasselbe corpus vorher den animus possidentis[1]) ausgedrückt hat. Wer hat auch an einer solchen erneuten corpus-Handlung ein Interesse? Die einzige betroffene Rechtssphäre ist die des Handelnden selbst und bei diesem hat die blosse innere Absicht das gleiche Kriterium der Wahrheit und Ernstlichkeit wie eine — daher überflüssige — konkludente oder ausdrückliche Erklärung dieser Absicht. Das objektive Recht wird dem Occupanten in diesem Falle die Mühe einer rechtlich wertlosen Handlung ersparen müssen und wird auch das Datum der Rechtswirkung nicht in den Zeitpunkt einer im Laufe der Zeit sich vielleicht ereignenden Äusserung des seiner Zeit gefassten Entschlusses verlegen, sondern in den Moment des letzteren. — Denkt man an das oben S. 15 angeführte Beispiel (jemand apprehendiert eine ver-

---

[1]) Unrichtig ist es übrigens ebenso, wenn man den animus possidentis beim Besitzerwerb — wie z. B. Pininski a. a. O. II S. 335 — als im corpus als solchem erklärt ansieht. Auch der originäre Besitzerwerb ist keine Willenserklärung, aber auch kein Rechtsgeschäft.

lorene Sache mit Aneignungswillen, da er sie irrtümlich für derelinquiert ansicht), so würde ohne jeden Zweifel der Eigentumsverlust beim Verlierer sich mit dessen innerem Dereliktionsentschlusse vollziehen, — wie wollten die Gegner dieser Auffassung sich hier eine erneute corpus-Handlung denken, wo der Derelinquent gar nicht den Besitz hat! Ganz entsprechend erwirbt der Besitzer darauf hin auf Grund blossen Aneignungswillens, wenn er von der inzwischen vollzogenen Dereliktion Kenntnis erhält. Würde er eine Eigentumshandlung vornehmen, so würde dies schon ein Ausfluss seines bereits rechtsgeschäftlich entstandenen Eigentums sein und nicht etwa die noch erforderliche Erklärung seines Occupationsentschlusses. Dieser liegt vielmehr in der Vergangenheit.

Mit Rücksicht auf die Möglichkeit der successiven Verwirklichung der rechtsgeschäftlichen Thatbestände ist es daher auch nicht richtig, wenn man wie Karlowa[1]) behauptet, die corpus-Handlungen bei Occupation und Dereliktion seien die Ausführung und Realisierung des inneren Willens. Ist das corpus schon vorhanden und tritt die Wirkung daher solo animo ein, so ist die Erklärung Karlowa's unzutreffend, denn animus bedarf dann keiner Ausführung und Realisierung. Diese Ausdrücke geben auch kein richtiges Bild von dem rechtlichen Charakter des animus und corpus. Beide sind vielmehr als selbständige Elemente des Rechtsgeschäftsthatbestandes aufzufassen, die einander nicht ersetzen oder ergänzen können. Das corpus ist weder Erklärungs- noch Ausführungshandlung des animus.

Enneccerus[2]) bezeichnet das corpus als „Willensbethätigung". — Auch diese Erklärung ist nicht zu empfehlen. Insofern jede Handlung eine Willensbethätigung (= Willensäusserung s. S. 11 oben) ist, nämlich die Bethätigung des unmittelbaren Willens zur Handlung, ist es unnötig, dies von der corpus-Handlung besonders hervorzuheben, und irreführend, wenn diese Willensbethätigung dann der Willenserklärung gegenübergestellt wird, da hierdurch der Schein erweckt wird, als ob hier derjenige Wille erklärt wird, der dort nur „bethätigt"

[1]) Rechtsgeschäft S. 181.
[2]) Rechtsgeschäft S. 55 ff., 61.

wird, während bei der Erklärung doch der mittelbare Erfolgswille zum Ausdruck gelangt (cf. oben S. 11).

Unrichtig ist auch die Erklärung Köppen's[1]), dass die vom Recht normierte corpus-Handlung die vorgeschriebene Form der darin ausgesprochenen Willenserklärung sei. Auch Dernburg sagt[2]): Die Besitzaufgabe ist die Form der Dereliktion, worin sich auch Köppen's Irrtum zu verbergen scheint. Köppen meint, dass bei Occupatio, Dereliktio und Traditio u. a. Handlungen — also wohl bei allen Realgeschäften — der innere Wille nur durch das geforderte corpus ausgedrückt werden dürfe. — Dem ist folgendes entgegen zu halten: Eine Formvorschrift betrifft nach der Ansicht des Verfassers immer nur eine Willenserklärung, indem aus gewissen Gründen zur Wirksamkeit des Willens verlangt wird, dass er nicht in der sonst zulässigen Weise ausdrücklich oder konkludent erklärt wird, sondern in einer fest normierten anderen Weise. Einer Erklärung bedarf es aber bei der Occupatio und Dereliktio aus dem angegebenen Grunde nicht. Schon aus diesem Anlass ist daher für die Deutung Köppens kein Raum. — Wollte man aber die Notwendigkeit einer Erklärung auch hier zugestehen, so könnte es sich offenbar nur um eine konkludente Erklärung handeln, die mit dem corpus vorgenommen würde. Immer wird man aber aus weiter unten (S. 51) näher zu erörternden Gründen die formellen Willenserklärungen als ein Spezies der ausdrücklichen ansehen müssen. Auch unter jener Voraussetzung ist also Köppen's Auffassung unrichtig.

Die Tradition darf Köppen nicht auf eine Stufe mit jenen beiden anderen, uns hier besonders interessierenden Rechtsgeschäften stellen, da sie die Rechtssphäre zweier Personen berührt, also eine Willenserklärung erfordert. Diese kann aber auch niemals in der blossen Hingabe der zu tradierenden Sache konkludent ausgedrückt werden, da diese allein vieldeutig ist. Für sie gilt das oben für die Realgeschäfte überhaupt näher Ausgeführte (s. S. 18 ff.)[3]).

---

[1]) Jahrb. für Dogm. 11 S. 144 ff.

[2]) Pand. I 4. Aufl. § 223 Anm. 2.

[3]) Dasselbe ist gegen Karlowa zu sagen, der „Rechtsgeschäft" S. 242 meint, die faktische Übergabe einer Sache sei nur die Ausführung des Über-

Bei allen denjenigen Rechtsgeschäften hingegen, deren Wirkungen auch eine fremde Rechtssphäre berühren, ist auch nach der Ansicht des Verfassers eine Willenserklärung notwendig. Für dieses Postulat, das, wie oben erörtert, unrichtiger Weise auch für diejenigen Rechtsgeschäfte erhoben wird, bei denen jene Voraussetzung nicht zutrifft, werden verschiedene Gründe angeführt[1]). Der Verfasser meint, dass Regelsberger und Zitelmann dem richtigen Grunde am nächsten kommen.

Regelsberger's Ansicht, dass der Willensakt erst mit der Erklärung beendet sei, wird von Schlossmann a. a. O. mit Unrecht angefochten. Dieser Autor meint, dann bliebe die Einrichtung der stillschweigenden Willenserklärung unerklärlich, denn hier werde nichts erklärt und doch dieselbe Wirkung erzeugt. — Dieser Unterschied zwischen ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen besteht aber gar nicht. Auch bei den stillschweigenden wird etwas erklärt. Die ausdrückliche Erklärung zeigt, wie unten noch genauer erörtert werden wird, auch nur den rückgeschlossenen und nicht den wirklichen, inneren Willen an. Die Willenserklärung vollendet sich in beiden Fällen ihrer Form erst mit der Erklärungshandlung; und Regelsberger lässt die konkludenten Erklärungen bei jener Begründung daher durchaus nicht unberücksichtigt.

Unrichtig ist es hingegen, wenn Regelsberger und Zitelmann (a. a. O.) mit ihrer Meinung, dass der Wille sich überhaupt erst in der Erklärung vollende, eine psychologische Eigenart des mittelbaren Willens angeben und diese ohne weiteres juristisch verwerten wollen. Besonders Zitelmann geht von psychologischen Rücksichten aus. Er sagt nämlich ungefähr folgendes (S. 248):

---

eignungswillens; ähnlich die Hingabe der res bei den Realkontrakten. Inwiefern dies sonst schon unzutreffend ist, wurde bereits oben S. 22 ausgeführt.

Die Frage, ob die Occupation und Dereliktion einer mehr als fünfzig Thaler werten Sache nach preuss. Landrecht der Schriftform bedurfte, ist nach § 133. I. 5. ALR. natürlich zu verneinen; denn die Schriftlichkeit wird dort nur für Willenserklärungen d. h. gemäss § 1. I. 4. für Äusserungen einer Absicht verlangt, die bei der Occupation wie bei der Dereliktion nicht zu verlangen ist. An diesen Fall denkt auch Leonhard, Irrtum S. 251 Anm. 1.

[1]) Siehe die Citate bei Schlossmann, Vertrag S. 59: Dahn, Regelsberger; ferner Zitelmann a. a. O. S. 245 ff.

Ebenso wie der unmittelbare Wille notwendiger Weise zur körperlichen Handlung führe, (der Verfasser meint sogar, dass die Handlung nur die äussere Erscheinung des gleichzeitig im Innern vor sich gehenden unmittelbaren Willensaktes ist; — ebenso Schopenhauer, Grundprobl. d. Etik. II) führe auch die Absicht, d. h. der mittelbare Wille zur Erklärung, denn die Absicht enthielte nicht nur die Vorstellung vom Erfolg, sondern bereits das Streben nach Verwirklichung desselben. Sie führe daher notwendiger Weise zu derjenigen Handlung, die dies bewirke, d. i. zur juristischen Willenserklärung. — Bis hierher muss man Zitelmann folgen. Unrichtig wäre es — und dies kommt bei Zitelmann auch zum Ausdruck —, wenn man aus dieser psychologischen Wahrheit ohne weiteres für die Rechtsgeschäfte die rechtliche Notwendigkeit der Erklärung der Absicht folgern wollte. Folgert man aus der Psychologie auf die Jurisprudenz, so wird naturgemäss der Obersatz des zu bildenden Syllogismus ein psychologischer, der Schluss ein juristischer — und, was auch im vorliegenden Falle nötig ist, auch der Untersatz ein juristischer, ein dem Verkehrsbedürfnis entsprechender sein müssen.

Es ergab sich als psychologischer Satz: Die Absicht vollendet sich erst in derjenigen Handlung, die den Erfolg bewirkt. — Hieran schliesst sich auf Grund obiger Ausführungen der Untersatz: Nicht bei allen Rechtsgeschäften verlangt aber das objektive Recht zur Bewirkung eines Rechtserfolges eine Willenserklärung, es begnügt sich vielmehr bei der Occupation und Dereliktion mit dem inneren Willen und einer äusseren corpus-Handlung. — Hieraus ergiebt sich der Schluss: Nicht bei allen Rechtsgeschäften zeigt sich die Wahrheit der Absicht erst in der Erklärung. Da, wo das Recht eine Erklärung nicht erfordert, drängt auch die innere Absicht des Handelnden nicht zur Erklärung, sondern lediglich zur Verwirklichung des im übrigen normierten, einer Erklärung ermangelnden Thatbestandes.

Wo das Recht eine Erklärung also nicht verlangt — und dies geschieht immer nur aus Rücksicht auf den Verkehr und das Lebensbedürfnis — dort kann man nicht mehr der Auffassung Zitelmann's folgen, dass die wahre Absicht sich erst

in der Erklärung vollende. Wahr ist im Sinne Zitelmann's diejenige Absicht, die das zu ihrer Verwirklichung Erforderliche auch unternimmt. Wird eine Erklärung der Absicht im Thatbestand erfordert, so erweist sich die letztere in der That erst mit der Erklärung als wahr. — Stellt das objektive Recht das Erfordernis der Erklärung hingegen nicht auf, so zeigt sich auch die „Wahrheit" der Absicht nicht erst in der Erklärung. Die letztere ist ja überflüssig. Die Absicht ist dann schon an sich „wahr" und bedarf keines äusserlichen Kriteriums für ihre Wahrheit.

Hieran denkt auch Zitelmann auf S. 248 seines Werkes. Da er aber übersieht, dass das objektive Recht auf die Erklärung bisweilen aus Verkehrsrücksichten verzichtet (nicht, wie Zitelmann meint, aus jener psychologischen Rücksicht auf die Eigenart der sich immer erst in der Handlung als wahr erweisenden Absicht), so findet er hierin einen Zirkelschluss. Zu schliessen ist so, wie es oben auf S. 25 geschah.

Der Verfasser verweilte bei der vorliegenden Frage aus dem Grunde längere Zeit, weil sich bei ihrer Entscheidung zeigt, in welcher Weise psychologische Sätze in der Jurisprudenz verwendet werden müssen. Der psychologische Satz Zitelmann's (S. 248: „Es ist das einzige Kriterium wahren Willens und wahrer Absicht, dass sie sofort zur Handlung führen") erwies sich mit Rücksicht auf den juristischen Untersatz, dass das Recht bisweilen auf eine Erklärungshandlung verzichtet, u. z. aus Verkehrsrücksicht, nicht als geeignet, um zu dem ihm sonst entsprechenden Schlusse zu führen, dass das Recht auch stets eine Erklärungshandlung verlangen müsse. — Stets muss der Jurist, ehe er aus psychologischen Wahrheiten für seine Wissenschaft Schlüsse ziehen will, nach einem etwaigen, jene modifizierenden, juristischen Untersatze suchen. Dann erst erhält er einen juristischen, für Leben und Verkehr brauchbaren Schluss. — Bei solcher Handhabung kann die Psychologie der Jurisprudenz niemals gefährlich werden. Die Ursache der Gefahr liegt aber niemals in der Psychologie als solcher und in ihrer Verwertung — diese ist stets nur nutzbringend — sondern in ihrer unrichtigen, juristischen Verarbeitung, d. h. also gerade in der Jurisprudenz. Der Grund für die nur unter Umständen

eintretende Notwendigkeit der Erklärung des Erfolgswillens ist nach Ansicht des Verfassers in folgendem zu erblicken. Ohne ein sinnlich wahrnehmbares Moment würde den Interessenten der Eintritt der sie mitbetreffenden Wirkungen unbekannt und verborgen bleiben. Am Anfange wurde darauf hingewiesen, dass sich alle Rechtswirkungen immer nur im Bereich der Erkenntnis, des Denkens vollziehen, niemals wie die Wirkungen in der Natur, wahrnehmbar und real. Die Rechtswirkungen als solche sind daher nicht sinnlich wahrnehmbar; sie können immer nur logisch erschlossen werden. Hieraus gerade ergiebt sich für Rechtsgeschäfte, die auch fremde Rechtsphären berühren, die Notwendigkeit, dass der Handelnde die Interessenten in die Lage bringt, den Schluss auf die sie interessierenden Rechtswirkungen ziehen zu können. Dazu ist einmal Kenntnis des verursachenden Thatbestandes und dann der entsprechenden Norm des objektiven Rechts notwendig. Die erstere wird nun durch Erklärung der Absicht beigebracht, die ja das getreue Spiegelbild des zu erzeugenden Rechtserfolges ist, so dass mit Wahrnehmung der Erklärung auch der Rechtserfolg genau bekannt wird und die Interessenten nun in der Lage sind, sich ihm entsprechend zu verhalten. Diese Begründung trifft sowohl für einseitige Rechtsgeschäfte wie für Verträge zu.

Nach diesen Erörterungen wird man ohne Bedenken eine ganze Kategorie weiterer Handlungen, deren Charakter ebenfalls sehr bestritten ist, als Rechtsgeschäfte bezeichnen. Es sind diejenigen Handlungen, die die Tilgung einer Obligation bewirken, die man mit dem Begriff der solutio zusammenfasst.

Wie bei der Occupatio und Dereliktio, so hat sich auch bei der solutio die Jurisprudenz durch abweichende äussere Erscheinung und andrerseits durch zufällige Ähnlichkeit der einzelnen hierher gehörigen Handlungen irre führen lassen. — Zur Unterbringung derselben sind von einzelnen Schriftstellern ganz neue Kategorien von Handlungen geschaffen worden, da man wegen der äusseren Verschiedenartigkeit dieser Handlungen in ihnen den rechtsgeschäftlichen Grundcharakter nicht erkannte.

Die solutio kann nämlich, je nach dem Inhalt der zu tilgenden Obligation, jede gewöhnliche Handlung sein. Brinz findet nun [1]), dass insbesondere die zur Tilgung einer Obligation aus locatio conductio operis oder operarum vorgenommenen Handlungen des Tagelöhners oder Arbeiters des Erfolgswillens nicht bedürften, dass die Tilgung vielmehr durch blosse Vornahme der betreffenden „gemeinen" Handlung bewirkt werde, ohne den hierauf gerichteten Willen des Schuldners, dass diese Handlungen daher keine Rechtsgeschäfte seien. „Rechtsgeschäft" heisse auch [2]) Geschäft des Rechts, d. h. vom objektiven Recht geschaffenes Geschäft. Eine gemeine Handlung wie des Tagelöhners könne, da sie nicht vom objektiven Recht geschaffen würde, niemals durch blossen Willen der handelnden Person zu einem Rechtsgeschäft werden: „nullum negotium sine lege" [3]). — Diese Folgerung ist unrichtig. Ein Fehler ist es, aus einem Sprachbegriffe dessen rechtlichen Charakter erschliessen zu wollen. So wird auch eine Analyse des Wortes „Rechtsgeschäft" dessen rechtliche Struktur nicht klarlegen [4]). Jedenfalls ist es unrichtig, wenn Brinz u. a. bei ihrer Analyse auf das objektive Recht kommen. Ebensogut kann man sagen, dass die Rechtsgeschäfte Geschäfte des Verkehrs sind, denn häufig erhält ein Rechtsgeschäft seinen ganzen Inhalt erst im Verkehr. Nur die wichtigsten Geschäfte sind typisch geworden und vom Recht wegen ihrer praktischen Bedeutung ausgestaltet worden. Von den vielen anderen Rechtsgeschäften, die infolge der heut anerkannten Vertragsfreiheit im Verkehr abgeschlossen werden, schweigen die modernen Rechtsordnungen [5]), und doch darf diesen Handlungen die Rechtsgeschäftsqualität nicht abgesprochen werden [6]).

---

[1]) Brinz-Lotmar, Pand. IV S. 265.

[2]) Ebenda S. 6.

[3]) a. a. O. S. 10 Anm. 12.

[4]) cf. Lotmar daselbst S. 6 Anm. 7, dessen Verteidigung der Verfasser nicht beitreten kann. — Siehe auch S. 10 Anm. 11 die verschiedenen Ableitungen des Begriffes Rechtsgeschäft.

[5]) cf. unten S. 70 ff.

[6]) Auch Endemann, Einführung I 253 tadelt, dass aus dem kaum erworbenen Ausdrucke „Rechtsgeschäft" eine ganze Reihe Folgerungen gezogen

Will man den rechtlichen Charakter der solutio feststellen, so hat man vielmehr, wie immer, die Frage zu entscheiden, ob der Erfüllende nach der betr. Rechtsordnung den Erfolgswillen haben muss, damit die Wirkung der Tilgung der Obligation eintritt, oder ob schon die blosse Erfüllung, das blosse corpus ohne den animus genügt. Brinz u. a. fordern den animus nicht. Der Verfasser hält denselben für das römische und moderne Recht hingegen für unerlässlich, gleichgültig, welche Obligation vorliegt, ob ein Darlehn oder eine Conductio. Mag auch die Handlung des Schuldners eine ganz „gemeine" im Sinne von Brinz (a. a. O. S. 6) sein; zur solutio wird sie allein durch den Willen des Schuldners, mit ihr seine Schuld zu tilgen. Durch seinen entgegengesetzten Willen könnte der Handelnde seiner Handlung zweifellos den Solutionseffekt nehmen. Dieselbe Arbeit oder Leistung, die er seinem Gläubiger schuldet, könnte er willentlich zum Vorteil einer dritten Person oder nur für sich allein vornehmen. Die Beziehung zu der bestehenden Obligation hat die Handlung nicht wegen ihrer Identität, sondern sie erhält sie immer erst durch den Willen des leistenden Schuldners. Er muss die Handlung in der Absicht vornehmen, eine bestimmte Obligation damit zu tilgen; dann erst liegt eine solutio vor und tritt die Wirkung ein[1]). Die solutio ist daher ein Rechtsgeschäft, mag sie in einer noch so niedrigen, dem objektiven Recht ganz unbekannten Handlung bestehen, mag sie auch von einem Tagelöhner vorgenommen werden. Das berührt den rechtlichen Charakter dieser Handlung nicht im geringsten.

Lenel ist auch der Meinung, dass die solutio auch ohne den Erfolgswillen vorgenommen werden kann[2]), denn die Obligation bestünde nur, um getilgt zu werden[3]). Wenn z. B. jemand

würden, während man feststellen müsste, welche aus dem positiven Rechte erworbenen Elemente zu diesem Begriffe gehören.

[1]) Hingewiesen sei hier darauf, dass man in dem Fall, wenn der Inhalt der Erfüllungshandlung anderweit verwirklicht wird (ein Haus, zu dessen Niederreissen jemand verpflichtet ist, stürzt z. B. von selbst ein), nicht von einer Erfüllung, sondern gerade von der durch concursus effectuum bewirkten Unmöglichkeit der Erfüllung sprechen muss.

[2]) Jahrbücher f. Dogm. 19 S. 229 ff.

[3]) Siehe auch unten S. 37.

eine klagbare Obligation in der irrtümlichen Meinung tilge, es liege nur eine Anstandspflicht vor, so werde zweifellos jene Obligation getilgt und liege wahre solutio vor. — So richtig diese Entscheidung ist, so wenig begründet sie jedoch die Ansicht Lenels, dass die solutio des Erfolgswillens entbehren könne. Liegt nicht auch in dem von Lenel angeführten Beispiel der Erfolgswille vor? Der Irrtum des Zahlenden erstreckt sich doch nur auf die hier gar nicht erhebliche Qualität der Obligation; er hält sie für eine naturale, während sie eine civile ist. Erfüllbar sind aber beide Arten von Obligationen, auch die hier irrtümlich angenommene. Soll eine Naturalobligation erfüllt werden, so ist ganz derselbe Erfolgswille erforderlich, wie bei der Tilgung einer Civilobligation. Hätte der Naturalschuldner den Erfolgswillen nicht, so könnte er zweifellos zurückfordern: die Erfüllung wäre nicht eingetreten; der Gläubiger behielte seine Forderung und muss daher das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben. — Lenel verkennt also, dass sich in seinem Beispiel der Irrtum des Zahlenden auf einen hier unerheblichen Punkt erstreckt. Wenn er für seine entgegengesetzte Meinung ferner nur anführt, dass die Obligation ja nur bestände, um getilgt zu werden, so ermangelt diese Behauptung eines Grundes, der gegenüber den oben vom Verfasser angeführten ins Gewicht fallen könnte [1]).

Lotmar weist gegen Brinz die Möglichkeit durchaus nicht von der Hand [2]), dass in der solutio ein Rechtsgeschäft vorliegen könnte, er empfiehlt für diese Fälle jedoch den Ausdruck: „relative Rechtsgeschäfte", da sie nur durch den Willen des Handelnden zu Rechtsgeschäften würden, sonst aber gemeine Handlungen seien. — Dies ist nach der Ansicht des Verfassers nicht gerechtfertigt. Ein Unterschied zwischen den von Brinz und Lotmar so genannten „gemeinen" Handlungen und anderen, deren Wesen von beiden Autoren nicht einmal im Gegensatz dazu angegeben wird, besteht gar nicht. Die Hingabe einer Summe Geldes zum Darlehn, die diese Schriftsteller gewiss

[1]) Isay: Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts (Fischer's Abhandl. z. Privatr. u. Civilpr. d. Deutsch. Reiches Band 1 Heft 2) sieht die Zahlung auch als Rechtgeschäft an (S. 70 ff.).

[2]) Brinz-Lotmar IV S. 6 Anm. 5.

nicht als „gemeine“ Handlung ansehen würden, ist aber ebenso gemein, wie die Herstellung eines Bauwerks durch den conducta operis. Die letztere ist, wenn sie mit dem Erfolgswillen vorgenommen wird, ebenso ein Rechtsgeschäft, wie die erstere.

Lotmar meint ferner[1]), dass der unter der Bedingung si in Capitolium ascenderit, zum Erben eingesetzte Titius, wenn er conditionis implendae causa den Gang mache und sich damit die Delation verschaffe, ein Rechtsgeschäft vollziehe. — Dieser Ansicht muss widersprochen werden. Die Erfüllung einer Potestativbedingung darf niemals als ein Rechtsgeschäft angesehen werden, da der Wille sich hier nicht — wie bei der Erfüllung einer Obligation — auf den eintretenden Rechtserfolg zu richten braucht. In Erkenntnis dieses Prinzips verzichten z. B. alle Rechtsordnungen bei Vornahme einer den Gegenstand einer Auslobung bildenden Handlung auf den Willen des Handelnden, dadurch den Anspruch gegen den Auslobenden zu erwerben[2]). Der Anspruch wird auch erworben, wenn die Handlung in Unkenntnis und ohne jede Beziehung zu der Auslobung vorgenommen wird. — Die Potestativbedingung ist nämlich in jedem Falle — wie alle anderen Bedingungen — nur die durch Partei- oder Gesetzeswillen gesetzte Nebenbestimmung, dass gewisse Rechtswirkungen erst mit dem Eintritt eines Ereignisses entstehen sollen. Liegt eine Potestativbedingung vor, so wird dieses Ereignis eine Handlung, d. h. ein sich nicht zufällig, sondern infolge einer bewussten Körperbewegung eines Menschen vollziehendes Faktum; aber auch nichts weiter. Der Erfolgswille darf, da die Handlung hier immer blos „Ereignis“ bleibt und es immer nur auf den natürlichen Effekt der Handlung selbst ankommt, nicht gefordert werden. Der Eintritt der bis dahin bedingten Wirkung vollzieht sich infolge des bei Vornahme des die Bedingung setzenden Geschäfts oder infolge Gesetzeswillens, nicht etwa infolge des bei der Erfüllung der Potestativbedingung zu erfordernden Erfolgswillens. — In obigem Beispiele Lotmars tritt die Delation lediglich auf Grund des Willens des Testators ein. Ein rechtlicher Zusammenhang

---

[1]) a. a. O. S. 6 Anm. 5.

[2]) Siehe z. B. BGB. § 657.

zwischen dem vom Erben etwa gehegten Willen, sich durch Erfüllung der Bedingung die Delation zu verschaffen, und der Delation selbst besteht nicht. Auch wenn Titius in Unkenntnis seiner letztwilligen Einsetzung die Bedingung erfüllt hätte, würde die Delation eintreten. Daher ist die Erfüllungshandlung hier niemals ein Rechtsgeschäft, und es würden daher die für das letztere geltenden Normen nicht ohne weiteres auf jene anwendbar sein.

Aus den oben angestellten Erörterungen ergiebt sich ferner, dass die Erfolgsabsicht bei der solutio erklärt werden muss, denn die Wirkung derselben berührt ausser der Rechtssphäre des Handelnden noch die des Gläubigers. Freilich wird die Erklärung meist konkludent erfolgen. Die Beziehung zwischen Leistung und Obligation ist ja, falls sie vom Schuldner nicht willentlich ausgeschlossen wird, gegeben. Blosses Schweigen wirkt wegen dieser vorliegenden Beziehung und der aus ihr folgenden Tilgungsabsicht wie eine ausdrückliche Erklärung der letzteren. Zweifellos müsste also ein Schuldner, der mit einer dem Gläubiger zu Gute kommenden Handlung trotz deren Beziehung zur Obligation nicht die Tilgung bezweckt, diesen entgegengesetzten Willen erklären. Dies ändert aber nicht die oben klargelegte Auffassung, dass die solutio in allen Fällen des Erfolgswillens bedarf.

Änderte sich die durch die Personen und den Gegenstand der Obligation gegebene Beziehung, so würde eine ausdrückliche Erklärung des Tilgungswillens nötig sein. Dies ist z. B. bei der datio in solutum und bei der Leistung seitens eines Dritten für den Schuldner in der That nötig. — Das Schweigen eines Handelnden gestattet nicht ohne weiteres den Schluss mangelnder Absicht oder Absichtserklärung. Stets ist der Fall zu berücksichtigen, dass das Schweigen unter Umständen eine konkludente Erklärung sein kann. Die Gegner der hier vertretenen Auffassung liessen sich durch die bei der solutio in der Regel bestehende Möglichkeit einer blos stillschweigenden Leistung irreführen und glaubten hieraus schliessen zu können, dass die blos faktische Leistung zur Tilgung ausreiche. Diese Auffassung erweist sich hier aus den angegebenen Gründen als unhaltbar.

Wenn Brinz[1]) findet, dass der Tagelöhner sich mit seiner Arbeit meist nur „ein Forderungsrecht verdienen wolle“, und eine andere Absicht nicht hätte, so ist dem das weiter unten[2]) näher zu Erörternde entgegenzuhalten, dass bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht rechtliche Wirkung gewollt zu sein braucht, sondern diese durch Bezeichnung der durch sie nur vermittelten wirtschaftlichen Folgen nur konkretisiert sein muss. Der nicht im Voraus bezahlte Tagelöhner denkt meist in der That nur an die letzte, ihm zugute kommende, wirtschaftliche Folge, wenn er seine Arbeit verrichtet, nämlich den Erwerb einer Gegenforderung; bei gegenseitigen Verträgen wird der Leistende oft nur daran denken, durch seine Leistung Anspruch auf die Gegenleistung zu erhalten, wenngleich er diesen rechtlich schon vorher hatte, wenn auch — wie auch der Laie sehr wohl herausfühlt — bedingt. Durch Bezeichnung der wirtschaftlichen Folge — Erwerb einer unbedingten Gegenforderung — ist der hier rechtlich interessierende Rechtserfolg aber konkret fixiert: nämlich die Befriedigung des Gläubigers, oder mit anderen Worten die Tilgung der Obligation. Der Schuldner hat also auch in diesem Falle rechtlich immer den Erfolgswillen, der freilich wie überall so auch hier in sehr verschiedener Gestalt auftreten kann, je nach dem Interesse und der Denkungsweise des Handelnden. Das Recht hat unter diesen wechselnden Gestaltungen dann den für die Entscheidung der Qualität erheblichen Kern des Willens herauszufinden.

Die letztere Auffassung wird weiter unten in anderem Zusammenhange ihre notwendige Begründung finden[3]).

Die solutio kann noch eine andere Seite der Wirksamkeit haben, als die eben besprochene, obligatorische. Hier fanden wir die Absicht der Tilgung als essentiell und deren Verwirklichung als Rechtswirkung. Die solutio kann aber auch dinglich wirksam sein, falls sie nämlich die Obligation auf Übertragung eines dinglichen Rechtes zu tilgen hat. Liegt eine solche Obligation vor, so gehören einmal die oben auf-

[1]) a. a. O. S. 6.
[2]) S. unten S. 62 ff.
[3]) S. unten S. 62 ff.

gestellten Erfordernisse in den Thatbestand. Ausserdem vollzieht sich hier noch eine dingliche Wirkung, als Mittel, durch das jene obligatorische erreicht wird. Es ist offenbar, dass in dieser Hinsicht die solutio ein dinglicher Vertrag ist, der also auf beiden Seiten die auf Erzeugung der betreffenden dinglichen Wirkung gerichtete Absicht erfordert. Diese dingliche Wirksamkeit der solutio ist aber, wie gesagt, etwas besonderes und findet sich nur unter der Voraussetzung, dass die Obligation die Übertragung eines dinglichen Rechts zum Inhalt hat. Ist dies nicht der Fall, wie z. B. beim locator operarum oder Mandatar, so fehlt diese dingliche Seite. Immer aber ist die solutio ein Rechtsgeschäft, weil der Erfolg — ob als obligatorischer oder dinglicher, oder ob als rechtlicher oder wirtschaftlicher — gewollt sein muss, damit er eintritt.

Im Gegensatz zu der Meinung von Brinz[1]), dass Rechtsgeschäfte „Geschäfte des Rechts“ wären und „gemeine“ Handlungen daher nie zu rechtsgeschäftlichen werden könnten, meint Karlowa[2]) mit Recht, dass jede rein faktische Handlung durch einen ihr unterliegenden animus des Handelnden rechtlicher Natur werden könne, und auch dieser Schriftsteller verlangt bei der solutio den Erfolgswillen. Darin ist Karlowa jedoch nicht beizutreten, dass er — im Widerspruche zu seiner[3]) Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften und allen andern Handlungen — die solutio nur als „Rechtsakt“ bezeichnet. Ein Rechtsakt dieser Natur ist nichts anderes als ein Rechtsgeschäft, und Karlowa unterscheidet hier, wo nicht zu unterscheiden, sondern gleichzustellen ist.

Unrichtig ist auch, wenn Karlowa[4]) die Behauptung aufstellt, dass Thatbestände, die keine Rechtsgeschäfte seien, durch Aufnahme des Erfolgswillens zu solchen würden. So, meint er, würde die Spezifikatio durch den Willen des Spezifikanten, Eigentum zu erwerben, zu einem Rechtsgeschäft. — Knüpft das objektive Recht an eine von ihm genau normierte Handlung eine Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob diese nach irgend

[1]) Siehe oben S. 28 f.
[2]) Rechtsgeschäft S. 182.
[3]) Ebenda S. 1.
[4]) Ebenda S. 182.

einer Richtung gewollt ist, so liegt hier die dem Rechtsgeschäft grade entgegengesetzte Kategorie von juristischen Handlungen vor, und eine solche Handlung kann im speziellen Falle niemals dadurch zum Rechtsgeschäft werden, dass der Handelnde aus irgend welchen unerheblichen Gründen den Erfolgswillen hat, wenn er zufällig den Rechtserfolg seiner Handlung kennt. Dies würde ebenso unerheblich für die Bestimmung des rechtlichen Charakters der Handlung sein, wie der Wille des Delinquenten, durch die unerlaubte Handlung den strafrechtlichen oder civilrechtlichen Erfolg herbeiführen zu wollen[1]). Auch das Delikt wird dadurch nicht zum Rechtsgeschäft; ebensowenig die Spezifikatio und die andern zu diesem Genus gehörenden Handlungen.

Zu prüfen ist immer nur, was die Rechtsordnung im Thatbestand der Handlung verlangt. Verlangt sie den Erfolgswillen, so bleibt die Handlung auch dann Rechtsgeschäft, wenn der Erfolgswille im speziellen Falle fehlt: das Rechtsgeschäft, nämlich das vorliegende, ist dann nur unwirksam. Verlangt die Rechtsordnung den Erfolgswillen nicht, so wird die Handlung auch dann nicht zum Rechtsgeschäft, wenn der Erfolgswille im speziellen Falle vorliegt. Daher hat man sich bei der Entscheidung über die rechtliche Qualität einer Handlung immer an die vom objektiven Recht aufgestellten Erfordernisse derselben zu halten. Entkräftet wird die hiernach getroffene Entscheidung niemals durch den Hinweis auf spezielle Möglichkeiten, wie viele Schriftsteller thun. — Eine ganz andere Frage ist, ob man im speziellen Falle die aufgestellten Erfordernisse als vorliegend erachtet. Von der Bejahung dieser Frage hängt nicht die rechtliche Qualität des Handlungsbegriffes ab, sondern nur die Wirksamkeit der einzelnen, vorliegenden Handlung.

Auch das römische Recht verlangt im Thatbestand der solutio zweifellos die Tilgungsabsicht. Es unterscheidet bekanntlich bei Hingabe eines Vermögens u. a. die causa solvendi und spricht diesem Zwecke entsprechend auch von der Absicht, dem animus solvendi (z. B. § 1, I. 3. 14), und zwar zweifellos

[1]) Hieran denkt u. a. Brinz a. a. O. S. 5 Anm. 4.

in dem Sinne, dass dieser Thatbestandsmoment sein soll; denn einen blos faktisch vorhandenen animus würde das römische Recht nicht in entscheidenden Betracht ziehen.

Die angeführte Stelle erörtert neben der solutio insbesondere die datio indebiti, die auch im modernen Recht ebenso wie die anderen Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung bestrittenen Charakters ist. Auch diese Fälle sollen daher in folgendem kurz erörtert werden.

Was zunächst die datio indebiti betrifft, so wird sie gemäss obiger Institutionenstelle im römischen Recht zu den Realobligationen gezählt. Der Charakter der letzteren lässt sich aber aus den Quellen durchaus nicht derartig klar ableiten, dass man aus der, wie hier vorgenommenen Unterordnung einer einzelnen Handlung unter diese Kategorie irgend welche sicheren Schlüsse auf die rechtliche Struktur der Handlung ziehen könnte.

Wie der ganze Institutionentitel 3. 14. zeigt, gehören auch die Realkontrakte zu den Realobligationen erzeugenden Thatbeständen. Andererseits unterscheidet das römische Recht grade obligationes ex contractu und ex re, denn in l. 1. cit. wird von der condictio indebiti gesagt, sie entstünde nicht ex contractu, sondern re. — Sicher kann man von den Realobligationen des römischen Rechts nur sagen, dass bei ihrer Begründung „das substantielle Element dominiere, hingegen im Consensualkontrakt der Wille ungebunden sei“ [1]).

Zur anderweiten Bestimmung des Rechtscharakters der datio indebiti ist die am Ende obiger Institutionenstelle (§ 1, 3. 14) von Interesse. Es heisst dort: Haec species obligationis (nämlich die datio indebiti) non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere.

Es wird hier nicht nur die datio indebiti sondern auch die solutio beurteilt, denn bei beiden liegt auf der Seite des Leistenden der animus solvendi vor und beide Handlungen erhalten dadurch denselben Charakter, der für die solutio schon oben festgestellt wurde.

Jene Quellenstelle sagt ebenso wie einige moderne Schrift-

[1]) So Wlassak, Gesch. der negot. gest. S. 63.

steller noch vom heutigen Recht[1]), dass jede Obligation dazu da sei, um getilgt zu werden; die Tilgung könnte, da sie grade den Untergang einer Obligation bezwecke, nicht selbst wieder als Rechtsgeschäft resp. als Kontrakt aufgefasst werden. — Der Römer dachte bei seinem contractus immer nur an die Erzeugung einer Obligation. Dem contrahere negotium steht daher, wie obige Stelle zeigt, das distrahere als besonderer Begriff gegenüber. Daher konnten die Römer bei dieser engen Begrenzung des Kontraktsbegriffs die solutio freilich nicht als eine Spezies desselben ansehen, wenn auch der animus solvendi zweifellos Thatbestandsmoment der solutio war, weswegen die letztere auch für das römische Recht unserem Rechtsgeschäft unterzuordnen ist. Das heutige Recht lässt, wie wir sahen, alle Rechtswirkungen durch Rechtsgeschäfte entstehen, auch den Untergang einer Obligation, ebenso wie deren Erzeugung.

Die datio indebiti, die in derselben Absicht wie solutio vorgenommen wird und als solche vorgenommen werden muss, ist ebendeswegen auch Rechtsgeschäft; freilich ein unwirksames, nämlich eine unwirksame solutio. Sowohl das römische Recht (s. obige Institutionenstelle), wie das heutige Recht (§ 813 BG.: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete") verlangen bei der datio ind. den — allerdings auf einem Irrtum beruhenden — Erfolgswillen. Dieser Mangel des Erfolgswillens schliesst nur die Wirksamkeit der datio aus, verändert aber nicht deren Charakter als Rechtsgeschäft.

Hinsichtlich der dinglichen Seite der Wirksamkeit zeigt sich die Verwandtschaft der datio ind. mit der solutio[2]), wenn nämlich, wie es bei dieser möglich ist, auch die vermeintliche Obligation in jenem Falle auf Übertragung eines dinglichen Rechts gerichtet ist. Der irrtümlich Leistende will bei seiner Leistung dann die Übertragung dieses Rechts ebenso wie der Empfänger. Es liegt daher dinglicher Vertrag vor, und als dessen Wirkung entsteht beim Empfänger das gewollte dingliche Recht. Eben wegen dieser eintretenden Wirkung wird in diesem Falle dem Leistenden der Kondiktions-

[1]) Wie z. B. Lenel oben S. 20 ff.

[2]) Siehe hierzu oben S. 33 f.

anspruch auf Aufhebung derselben gegeben, nämlich die Condictio indebiti. — Die dingliche Wirkung der solutio erzeugt weiterhin die Tilgung der Obligatio. Diese weitere Wirkung tritt bei der datio indebiti nicht ein, weil eine Obligation gar nicht vorliegt. Nur hinsichtlich dieser obligatorischen Wirkung divergieren beide Thatbestände. Ihr Kern erhebt sie aber zu Rechtsgeschäften.

Dass auch das römische Recht die datio ind. als ein Rechtsgeschäft behandelt, geht ebenfalls aus der obigen Institutionenstelle hervor. Denn es wird dort normiert, dass auch ein Minderjähriger, der ohne Genehmigung des Vormundes ein indebitum empfängt, gegenüber der condictio des Leistenden nicht zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet ist, ganz so als ob er etwa ein Darlehn erhalten hätte[1]). In der datio ind. liegt also ein Fall vor, wo auch ein pupillus nicht „re" verpflichtet wird, ebenso wenig wie ex contractu.

Analog ist der Charakter der anderen Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung festzustellen. Es interessieren von diesen hier aber nur diejenigen Fälle, in denen die Bereicherung durch eine Leistung des Kondiktionsberechtigten verursacht wird. In den meisten Fällen handelt es sich um rechtsgeschäftliche Leistungen, denn die gewollte Wirkung derselben tritt stets ein, und soll andererseits durch Gewährung eines Kondiktionsanspruches wieder rückgängig gemacht werden können[2]).

Wenn die Römer die Bereicherungsfälle zu den quasi ex contractu entstehenden Obligationen zählten, so entsprang dies einem Irrtum, der auch noch moderne Schriftsteller irreführte. Man zog als Wirkung der bereichernden Leistung immer nur den beim Leistenden entstehenden Kondiktionsanspruch in Betracht und brachte diesen in Beziehung zu der Leistung. Da fand man denn freilich, dass dieser Anspruch auch ungewollt eintritt. Daher stellen die Römer alle Fälle unter die

[1]) cf. Karlowa, Rsg. S. 243 über die übereinstimmende Behandlung des mutuum mit der datio indebiti.

[2]) Siehe hierzu auch Leonhard, Allg. Teil S. 419 II: „Zuweilen fussen die Bereicherungsansprüche nicht auf einem Rechtsgeschäfte, sondern unmittelbar auf dem Gesetze".

Quasikontrakte, während die meisten unter die Kontrakte gehören; und daher verkennen auch moderne Schriftsteller die den meisten innewohnende Rechtsgeschäftsqualität.

Der Verfasser steht mit dieser Ansicht durchaus nicht allein da. Derselben Auffassung ist Endemann[1]): Auch die Leistung ohne Grund gehört zu den Rechtsgeschäften, denn in dem Leisten ist der Rechtserfolgswille verdeutlicht. Im Anschluss hieran betont Endemann auch mit Recht, dass natürlich nur die Leistung, nicht das Erlangen einer Bereicherung ein Rechtsgeschäft ist. — Gleicher Ansicht sind auch Bekker[2]) und Arndts[3]). Letzterer Schriftsteller erklärt die vorliegenden Handlungen als Rechtsgeschäfte, trotzdem er auch die nicht gewollte Wirkung in Betracht zieht, nämlich die Entstehung des Kondiktionsanspruches, was, wie oben hervorgehoben, nicht gerechtfertigt ist. Der Kondiktionsanspruch wird ex lege lediglich zur Herstellung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gleichgewichts gegeben und steht in keiner Beziehung zur Leistung, sondern nur zu deren Resultat, der Bereicherung.

Es könnte scheinen, als ob der Verfasser bis hierher einen blossen Wortstreit geführt hat, indem es gleichgiltig wäre, ob man die Occupatio und Dereliktio, d. h. diejenigen juristischen Handlungen, deren Rechtswirkungen eine fremde Rechtsphäre nicht berühren, bei denen aber auch Erfolgswille erfordert wird, als Rechtsgeschäfte bezeichnet oder nicht. Dieser Einwand hätte sogar insofern Berechtigung, als die letzteren Handlungen, da sie einer Willenserklärung nicht bedürfen, zweifellos nicht unter dieselben und sämtlichen Rechtsvorschriften zu stellen sind, die für die anderen bestehen, bei denen Willenserklärungen notwendig sind. Der Verfasser steht jedoch auf dem schon oben S. 7 ff. entwickelten Standpunkt, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts, solange derselbe in der Rechtswissenschaft existiert, auf dem einheitlichen Zwecke aller hierher gehörenden Handlungen beruhe, in der Hand der Parteien Mittel zur Erzeugung von Rechts-

[1]) Einf. I § 61 S. 257 bei Anm. 3.
[2]) Pand. II § 89 S. 46.
[3]) Pand. § 242.

wirkungen zu sein. Das objektive Recht zeigt bei der einzelnen Handlung diesen Zweck und damit die Rechtsgeschäftsqualität dadurch an, dass es im Thatbestande den Erfolgswillen fordert. Schon dadurch erlangt die Handlung den Charakter als Rechtsgeschäft. Das Erfordernis der Willenserklärung hängt hingegen von einer weiteren Voraussetzung ab, die dem Rechtsgeschäft als solchem nicht eigentümlich ist: dass die Wirkungen des Geschäfts nämlich auch eine fremde Rechtssphäre betreffen, damit die Interessenten in der Erklärung der inneren Absicht ein Mittel gewinnen, die eingetretene Rechtswirkung zu erschliessen.

Auch die Occupatio und Dereliktio sind vom objektiven Recht geschaffen, um in den Händen der Rechtssubjekte Mittel zur Erzeugung gewisser Rechtswirkungen zu sein. Dass sie diesem Zwecke dienen sollen, zeigt die Rechtsordnung dadurch an, dass sie den Erfolgswillen im Thatbestand dieser Handlungen erfordert. Fehlt in dem normierten Thatbestand einer juristischen Handlung der Erfolgswille (so bei Besitzerwerb, Spezifikatio, Wohnsitzbegründung nach BGB.), so deutet die Rechtsordnung damit das Vorliegen eines anderen Zweckes an. Die Spezifikatio bewirkt Eigentumserwerb auch ohne und gegen den Willen des Spezifikanten. Diese Handlung soll nicht Mittel und Werkzeug zur Bewirkung des Eigentumserwerbes sein. Sie kann es allerdings dann werden, wenn der Spezifikant den Erfolgswillen hat. Es kommt bei der Bestimmung des rechtlichen Charakters aber nur auf den von der Rechtsordnung normierten Thatbestand und dessen Elemente an. Da im Thatbestand der Spezifikatio der Erfolgswille fehlt, ist sie also kein Rechtsgeschäft[1]). Der Verfasser kann daher die Auffassung nicht teilen, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts nur „auf einer Zusammenfassung des gemeinsamen Gegenstandes gewisser Rechtsvorschriften“ beruhe[2]). Dadurch, dass es Rechtsgeschäfte giebt, die blos auf Grund inneren Erfolgswillens wirken, und solche, die der Erklärung desselben be-

[1]) Das Wesen dieser Handlungen wird der Verfasser in einer späteren Schrift erörtern.

[2]) Leonhard, Allg. Teil S. 251 II.

dürfen, wird vielmehr eine getrennte Behandlung dieser wie jener Handlungen notwendig. Allerdings sind, wie der Verfasser demnächst zeigen wird, die für die Willenserklärungen gegebenen Vorschriften analog auch für die anderen Rechtsgeschäfte anwendbar, da ihnen allen ja als gemeinschaftlicher Kern der Erfolgswille innewohnt und dadurch jene analoge Anwendung ermöglicht wird.

Das Wesen, welches der Verfasser hier im Begriffe des Rechtsgeschäfts findet, hat dem Begriffe schon von seiner Schöpfung durch die Wissenschaft an innegewohnt; es hat sich während des etwa zweihundertjährigen Bestehens des Begriffes auch nicht etwa verändert. Der Begriff „Rechtsgeschäft" darf sich auch im Grunde wegen seines fundamentalen Charakters ebenso wenig verändern, wie sich etwa die Begriffe: „Obligation, Bedingung, Cession" verändert haben. Solche Rechtsbegriffe bleiben im Grunde stets, was sie waren, denn sie sind das ABC. der Rechtswissenschaft. Bei ihnen kann man von einer historischen Entwickelung nicht reden, weil sie einer solchen nicht zugänglich sind und sein dürfen. Es wäre daher unrichtig zu meinen, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts heutzutage einen anderen Inhalt hat als vor zwei Jahrhunderten. Sein Kern ist heute derselbe wie einst. Wir haben zur Feststellung des Wesens dieses Begriffes auch keine spezielle Rechtsordnung zu befragen, da der Begriff lediglich ein Erzeugnis der Wissenschaft ist. Wird der Begriff von einzelnen Rechtsordnungen und auch von der Mehrzahl der Schriftsteller, wie sich oben zeigte, in anderem Sinne verwertet, wird ihm das Moment der Willenserklärung einverleibt, so liegt hierin nicht ein Fortschritt in historischer Entwickelung, sondern ein unzulässiges Abweichen von seinem für immer gegebenen Inhalt. Mindestens könnte man nach dem inneren Grund für diese Änderung seines Inhaltes fragen, und es würde dann eine befriedigende Antwort wohl ausbleiben.

Nach der Ansicht des Verfassers liegt der Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes auch heute noch im inneren Erfolgswillen allein, und es ist ihm die Notwendigkeit einer Willenserklärung fremd.

3. Der Wille.

Über die Natur des beim Rechtsgeschäft notwendigen Willens zum Erfolge ist man sehr verschiedener Ansicht gewesen. Diese Vielfältigkeit der Ansichten wurde nach der Ansicht des Verfassers dadurch hervorgerufen, dass man sich nicht einmütig entschloss, die psychologische Seite des Begriffs zu prüfen.

Die Psychologie allein lehrt, was man sich wissenschaftlich unter dem den Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes bildenden „Willen zum Erfolg“ zu denken hat. Zitelmann[1]) hat die gewöhnliche und die juristische Handlung nach den feststehenden Sätzen der Psychologie einer Analyse unterzogen, von deren Ergebnissen hier ohne weiteres ausgegangen werden kann.

Wie oben schon erwähnt wurde, ist bereits von Schall[2]) sicher erkannt worden, dass beim Rechtsgeschäft wie bei jeder Handlung zweierlei Willen zu unterscheiden sind: der Erfolgswillen und der Handlungswillen, Consilium und voluntas. Zitelmann gebraucht entsprechend die Ausdrücke: mittelbarer Wille und unmittelbarer Wille. Der erstere wird auch Absicht genannt und enthält die Vorstellung von dem äusseren Erfolge, der mit der zur Herbeiführung desselben geeigneten Handlung bewirkt werden soll. Die Absicht enthält neben jener Vorstellung aber noch die von der Geeignetheit der betreffenden Handlung und schliesslich das Streben nach Eintritt des Erfolges[3]).

Als Vorstellung vom Erfolg enthält die Absicht das geistige Spiegelbild des später eintretenden Erfolges und ist dann wahr, wenn sich Spiegelbild und Objekt decken.

Der unmittelbare Wille ist hingegen ganz anderer Natur. Er enthält an sich keine geistigen Vorstellungen, sondern ist

---

[1]) In seinem Werk über „Irrtum und Rechtsgeschäft“.

[2]) S. 63 Anm.

[3]) Leonhard, (Allgem. Teil S. 456 Anm. 2) hebt gegenüber dem Erfolgswillen („Wollen des Erklärten“, „Wollen des Erklärungsinhalts“) noch das Wollen der Geltung eines Erklärungsinhalts hervor. Mit Recht betont dieser Schriftsteller daselbst aber auch, dass diese verschiedenen Willen (Handlungswillen, Erfolgswillen, Geltungswillen) reell nicht auseinanderfallen, dass die Partei vielmehr „den Eintritt einer Kausalreihe wolle“.

das Resultat der Absicht. Diese regt vermöge des ihr innewohnenden Strebens nach Erfolg den unmittelbaren Willen dergestalt an, dass er die motorischen Nerven und diese die Muskeln des menschlichen Körpers zur Bewegung wachrufen.

Nach den Grundsätzen der Psychologie muss aber, wenn eine wahre Handlung vorliegen soll, dieser unmittelbare Wille stets vom Bewusstsein begleitet sein, d. h. von der geistigen Vorstellung des allgemeinen Willensinhaltes. Die Thatsache der Willensaktion muss bewusst eintreten, wenn die schliessliche Körperbewegung eine wahre Handlung sein soll. Bei jeder Handlung ist hiernach Absicht und bewusster unmittelbarer Wille zu unterscheiden. Jene bezieht sich auf den erstrebten Erfolg; dieser auf die zur Herbeiführung desselben gewählte Handlung.

Die menschliche Handlung drückt daher stets den unmittelbaren Willen aus; man kann von jener auf diesen für den Normalfall mit Sicherheit schliessen. Hingegen ist es unmöglich, von der Handlung allein auf die Absicht zu schliessen. Über die letztere giebt die Handlung keine Auskunft; die Handlung ist ja nur das gewählte Mittel zur Herbeiführung eines weiteren Erfolges. Dasselbe Mittel kann verschiedenen Zwecken dienen. Daher giebt erst der eingetretene Erfolg sichere Auskunft über den Inhalt der Absicht[1]). Die letztere ist das Abbild des Erfolges.

Bei den Rechtsgeschäften richtet sich die Absicht stets auf einen rechtlichen Erfolg. Es zeigte sich, dass zum Thatbestande des Rechtsgeschäfts lediglich diese Absicht gehört, nicht auch ihre Erklärung. Die Rechtsgeschäfte, die einer Erklärung der Absicht d. h. Willenserklärung nicht bedürfen, wie Occupation und Dereliktion, lassen daher wie die natürlichen und anderen juristischen Handlungen einen sicheren Schluss auf die Absicht nicht zu. Da der Rechtserfolg, wie oben erörtert wurde, niemals sinnlich wahrnehmbar ist, so kann man bei diesen Rechts-

[1]) Der Verfasser denkt hier immer nur an die sogen. „erweiterte Handlungsreihe“ Zitelmann's, wo der Erfolg noch nicht in der Handlung selbst, sondern in einer weiteren Wirkung derselben liegt. Dies ist der häufigere Fall. Er spielt auch in der juristischen Handlung allein eine Rolle, da der Erfolg hier stets ausserhalb der Handlung liegt, nämlich in der Rechtswirkung.

geschäften also den sonst möglichen Schluss vom Erfolg auf die Absicht nicht ziehen. Die natürlichen Handlungen unterscheiden sich also von der Occupation und Dereliktion dadurch, dass jene diesen Schluss zulassen, diese hingegen nicht. Sehe ich z. B., dass jemand einen Baum ansägt, so kann ich hieraus noch nicht mit Sicherheit auf seine Absicht schliessen. Sägt er den Baum aber um, so weiss ich — vorausgesetzt, dass die Absicht wahr war und ein Irrtum in der Absicht nicht vorlag — dass dieser Erfolg seine schon vorher bestehende Absicht war. Sehe ich hingegen jemanden an einem Ufer Muscheln sammeln, so weiss ich nicht, welchen Rechtserfolg er hiermit bezweckt, welches seine Absicht ist. Tritt infolge seiner Aneignungsabsicht Eigentumserwerb durch Occupation ein, so bliebe mir das Eintreten dieses Erfolges verschlossen. Aus der blossen Verwirklichung des Thatbestandes der Occupation könnte ich auch niemals auf den Eintritt dieser Rechtswirkung schliessen. Rechtlich ist dies auch nicht erforderlich, da diese Wirkung meine Interessensphäre gar nicht berührt, sondern nur die des Occupanten selbst. — Auf Grund der Erfahrung werde ich allerdings infolge meiner Beobachtungen annehmen können, dass Occupation beabsichtigt ist und werde auch den Rechtserfolg kennen. Zu dieser Kenntnis gelange ich hier aber, wie festzuhalten ist, nicht, wie sonst, durch eine Willenserklärung, also auf rechtlich vorgeschriebenem Wege, sondern nur infolge erfahrungsgemässen, rechtlich unerheblichen Schlusses [1]).

Anders ist es bei den Rechtsgeschäften, die eine Willenserklärung erfordern, weil ihre Wirkungen mehrere Rechtssphären berühren. Die Erklärung spielt im Gegensatz zu den oben betrachteten Handlungen eine doppelte Rolle: sie ist erstens Handlung (gleichgiltig, ob als ausdrückliche oder als stillschweigende Erklärung) und lässt insofern sofort den Schluss auf den unmittelbaren Willen zu, nämlich auf den notwendigerweise bewussten Willen zu der betreffenden Erklärungshandlung. — Ausserdem ist die Willenserklärung zugleich Er-

[1]) Auch Zitelmann sagt S. 243 a. a. O., dass einer gewöhnlichen Handlung die Absicht bei ihrer Causation nicht ohne weiteres anzusehen ist. Die Verknüpfung zwischen Mittel (Handlung) und Absicht bestehe hier nur im Innern des Handelnden.

klärung der Absicht[1]). Man kann also bei den Willenserklärungen schon aus der Handlung auf die Absicht schliessen; und dies ist ja deswegen notwendig, weil die Rechtswirkung dem Erklärungsgegner oder sonstigen Interessenten sonst unbekannt bliebe, und nur auf diese Weise angezeigt und zur Kenntnis gebracht werden kann. Aus der den Inhalt der Absicht offenbarenden Erklärung allein kann die eintretende Rechtswirkung erschlossen werden.

Würde dieser hier und schon früher entwickelten Auffassung entgegengehalten werden, dass der Rechtserfolg der Occupation und Dereliktion, falls man nicht auch hier eine Erklärung der Absicht verlange, nicht erweislich sei[2]), so ist folgendes zu replicieren: die Frage der prozessualen Erweislichkeit darf zunächst im Privatrecht überhaupt keine entscheidende Rolle spielen. Dass aber auch innere Thatsachen erweislich sind, ist jener Auffassung bereits anderweitig entgegengehalten worden[3]). Wenn man von der als Beweismittel hauptsächlich bleibenden Eideszuschiebung über den Inhalt der inneren Absicht dann aber sagt[4]), dass das positive Recht in diesem Beweismittel eine unzuverlässige Stütze hätte und ihm keine solche Wichtigkeit beimessen dürfte, so ist dem wiederum entgegenzuhalten, dass das in der Eideszuschiebung liegende Übel nicht vermieden wird, wenn man eine Erklärung der Absicht fordert. Diese hat der Handelnde ja ganz ebenso in seiner Macht, kann sie ganz ebenso zu seinen Gunsten und abweichend von seinem inneren, wirklichen Willen gestalten, wie eine beeidete Aussage über den Inhalt des letzteren im Prozess. Die Erklärung giebt ja, wie unten noch genauer zu erörtern ist, grade mit Rücksicht auf diese Möglichkeit einer Divergenz zwischen ihr und dem inneren Willen durchaus nicht immer ein Spiegelbild des letzteren; und man lässt auch hier dann einen ganz anderen Willen wirksam werden, als den wirklichen.

Von dieser Seite her kann daher die Behauptung des Ver-

---

[1]) cf. Zitelmann a. a. O. S. 243.

[2]) cf. Dahn, Zeitschr. f. Handelsr. 9 S. 508, Brinz IV S. 257 Anm. 2, Schlossmann S. 59 a. a. O.

[3]) cf. Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen S. 3.

[4]) So Zitelmann a. a. O. S. 247.

fassers nicht entkräftet werden, dass diejenigen Rechtsgeschäfte, welche eine fremde Rechtssphäre berühren, einer Erklärung des Erfolgswillens nicht bedürfen.

IV. Wille und Erklärung.

Die Erklärung des Erfolgswillens kann da, wo sie erfordert wird, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen[1]). Auch nach der Ansicht des Verfassers ist die Absichtlichkeit und der wörtliche Ausdruck kein Kriterium der Ausdrücklichkeit; denn man kann eine Absicht auch grade durch eine Handlung ausdrücken wollen, die man ohne Zweifel als konkludent oder stillschweigend ansehen würde. Anstatt die Absicht des Schulderlasses dem Schuldner gegenüber in Worten zu erklären, kann der Gläubiger vor den Augen des letzteren den Schuldschein auch grade in der Absicht zerreissen, damit dem Schuldner seinen inneren Willen zu offenbaren. Auch hier wird etwas absichtlich erklärt — denn der Wille des Handelnden richtet sich grade darauf, durch die Handlung etwas Entsprechendes zu offenbaren; und doch liegt nur eine konkludente Handlung vor[2]). — Eine solche kann ferner auch in einer mündlichen Äusserung liegen; auch in dem wörtlichen Ausdruck liegt nicht das der ausdrücklichen Erklärung Wesentliche. Der Unterschied zwischen dieser und jener ist vielmehr in Folgendem zu sehen.

Bei der ausdrücklichen Erklärung substituiert der Erklärende jeder seiner Absichtsvorstellungen einen Begriff[3]) und drückt diesen sprachlich aus, während

[1]) Leonhard hat sich über den Unterschied zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärung S. 194 ff. und S. 201 ff. a. a. O. sowie „Allg. Teil“ S. 277 ff. ausführlicher geäussert. Siehe über die fernere Behandlung des Unterschiedes: Brinz IV § 564 Anm. 5. Siehe auch unten S. 56 zu Pininski und S. 57 zu Schlossmann, der auch den Begriff der stillschweigenden Erklärung als wertlos bezeichnet. Siehe ferner Matthiass, Lehrb. I S. 161. Isay, Willenserkl., S. 30, Ehrlich, die stillschw. Erkl.

[2]) cf. Keller, Pand. § 57: Die ausdrückliche Erklärung werde grade zu diesem Zwecke vorgenommen, die stillschweigende habe zunächst eine andere Bestimmung. — Brinz § 563: die stillschweigenden Erklärungen seien unwillkürliche Erklärungen. Ebenso Windscheid im Arch. f. civ. Pr. 63 S. 74, Arndts Pand. § 64. Gegen diese Pininski a. a. O. II S. 440 ff.

[3]) Diese Begriffsbildung ist die Thätigkeit, die man „Denken“ nennt.

bei der stillschweigenden oder konkludenten Erklärung eine Begriffsbildung nicht notwendig ist, in jedem Falle aber die adäquate Äusserung des oder der Begriffe unterbleibt. Im letzteren Falle wird daher das Vorliegen der Absichtsvorstellungen auf Grund der Erfahrung erschlossen. — Das unterscheidende Merkmal liegt also in der bei der ausdrücklichen Erklärung nötigen Umformung einer Vorstellung in einen Denkbegriff und in dessen sprachlicher Äusserung.

Es könnte dem Verfasser hier vielleicht entgegengehalten werden, dass sich — wie soeben von der konkludenten Erklärung behauptet wurde — blosse Vorstellungen nicht in Handlungen äussern können, dass jene mindestens, und also auch bei den konkludenten Handlungen, immer schon in Begriffe übergegangen sein müssen. Dies ist nicht richtig. Jeder wird z. B. zugeben, dass man aus dem Thun eines Tieres auf dessen Absicht schliessen kann: ein Tier kann sich nämlich in der That konkludent erklären. Niemand wird jedoch der Meinung sein, dass die Äusserung hier durch Begriffsbildung vermittelt ist. Das Tier kann keinen Begriff bilden, es kann nicht denken und daher — trotz Vorhandenseins der erforderlichen Organe — nicht sprechen; es kann aber, da es Verstand besitzt, Vorstellungen haben und diese können, wenn sie die Rolle des Motivs übernehmen, ihren adäquaten Ausdruck im Thun des Tieres finden.

Aus dieser Analogie ergiebt sich, dass die Begriffsbildung der konkludenten Handlung nicht wesentlich ist. Die Vorstellungen vom Erfolg, die Elemente der Absicht sind, — dies sind also nicht schon die entsprechenden Begriffe — können sich ohne weiteres in der Handlung konkludent ausdrücken. — Sie können allerdings beim Menschen sehr wohl schon in Denkbegriffe übergegangen sein und doch nur zu konkludentem Ausdruck gelangen; dem letzterem ist die vorangegangene Begriffsbildung aber nicht wesentlich. Hingegen ist dies bei der ausdrücklichen Erklärung der Fall. Denn diese ist der Ausdruck des der Absichtsvorstellung entsprechenden,

---

Sie ist ein Produkt der nur dem Menschen eigenen Vernunft und Voraussetzung der Sprache.

in einen Sprachbegriff umgewandelten Denkbegriff. Die stillschweigende Erklärung ist dagegen der nicht in den entsprechenden Begriffen vorgenommene Ausdruck der Absichtsvorstellung in einer Handlung.

Leonhard sagt S. 201 a. a. O., die stillschweigende Erklärung eines Gedankens sei jede Klarlegung desselben in einer andern Form, als in den nach dem Sprachgesetze für ihn bestimmten Worten. — Die Ansicht des Verfassers weicht von dieser durchaus nicht ab.

Etwas Unerhebliches erhebt hingegen Windscheid[1]) zum entscheidenden Merkmal: Nicht die subjektive, sondern die objektive Bestimmung, die Sitte und Gewohnheit der Handlung geben, seien bei den stillschweigenden Erklärungen das entscheidende Kriterium. — Dem ist entgegenzuhalten, dass auch bei der ausdrücklichen Erklärung der objektive Massstab des Sprachgesetzes und nicht subjektive Willkür entscheidet. Das Selbständige, das man als in der ausdrücklichen Erklärung enthalten herausfühlt, ist die Bildung des Denk- und des Sprachbegriffes, die der Handelnde selbständig vornimmt und wodurch er der Deutung freilich engere Grenzen setzt, als dies bei der stillschweigenden Erklärung geschieht.

Unrichtig ist auch Hartmann's Auslegung der l. 57 pr. D. 2. 14[2]): Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. — Hier liegt, wie durch „tacite" richtig angedeutet wird, stillschweigende Erklärung des Stundungswillens vor. Ob das beim Rückschluss verwandte, der Verkehrsauffassung entnommene Urteil analytisch oder synthetisch ist, ist gleichgiltig. Freilich kommt die konkludente Erklärung, bei der ein blos analytisches Urteil verwendet wird, der ausdrücklichen näher, unterscheidet sich von der letzteren aber immer allein durch den oben angeführten Umstand.

---

[1]) Siehe Hartmann, Arch. f. civ. Pr. 72 S. 169 Anm. 10. Unrichtig ist auch, wenn Förster, Eccius, Preuss. Privatr. 1892 I § 34, auch die Fälle zu den ausdrücklichen Erklärungen zählt, wo man sich anderer Zeichen als Worte bedient, die aber für den Wahrnehmenden die gleiche Verständlichkeit besitzen. — Oft sind, wie der Verf. entgegenhält, konkludente Erklärungen verständlicher als ausdrückliche.

[2]) Ebenda S. 170. Ebenso Zitelmann a. a. O. S. 266.

Unrichtig ist auch die Auffassung Schall's[1]). Dieser Schriftsteller sieht die pro herede gestio nicht als stillschweigende Erklärung an, weil hier keine Erklärung, sondern nur eine Handlung vorgenommen werde, die sich logisch erst als Folge jener Erklärung darstelle. — Hiermit bezeichnet Schall eine die Willenserklärung betreffende Seite und beweist grade, dass die p. h. gestio stillschweigende Erklärung ist. Die Absicht tritt nämlich bei Gelegenheit der stillschweigenden Erklärung dem Erklärenden oft nicht ins Bewusstsein, was bei der ausdrücklichen Erklärung wegen der nötigen Begriffsbildung unmöglich ist. Der Erklärende denkt bei jener oft gar nicht an seine bereits in der Vergangenheit gefasste Absicht. Seine Handlung deutet aber nach der Verkehrsauffassung grade auf diese Absicht hin und insofern gilt die Handlung als Erklärung derselben. Das mangelnde Bewusstsein von der sich in der Handlung offenbarenden Absicht ist aber der konkludenten Handlung durchaus nicht wesentlich. Es kann der Erklärende auch das Bewusstsein, und sogar, wie schon gesagt wurde, die Absicht haben, den Erfolgswillen durch eine Handlung zum gehörigen Ausdruck zu bringen.

Bei dieser Auffassung des Unterschiedes zwischen beiden Erklärungsarten ergiebt sich, dass man auch die Erklärung durch vorher verabredete Zeichen als konkludente, nicht als ausdrückliche aufzufassen hat. Ob man nämlich den Rückschluss von der Erklärungshandlung zum Willen gemäss der allgemeinen Lebensauffassung zieht (wie z. B. beim Zerreissen eines Schuldscheins oder bei der pro herede gestio), oder auf Grund einer besonderen Verabredung über den Erklärungswert der Zeichen, ist gleichgiltig. In beiden Fällen werden zur Erklärung nicht die der Absichtsvorstellung entsprechenden Sprachbegriffe verwertet, — was allein den Charakter der ausdrücklichen Erklärung bestimmt — sondern andere Offenbarungszeichen.

Nur ein einziger Fall der Erklärung durch blosse Zeichen statt der Sprachbegriffe ist zu der ausdrücklichen Erklärungsart zu zählen. Wo es sich nämlich um die allgemein recipierte

[1]) a. a. O. S. 38.

Zeichensprache durch Kopfschütteln, Kopfnicken u. a. handelt, wird man von einer ausdrücklichen Erklärung sprechen müssen. Es giebt nämlich einige wenige Ausdruckszeichen, die einen einzigen Sprachbegriff völlig adäquat und allgemein anerkannter Weise ersetzen. So das Kopfschütteln für „nein", das Nicken für „ja", das Hinweisen mit der Hand für „dort". In diesen Fällen ist nämlich ebenso wie bei der ausdrücklichen Erklärung durch Worte immer erst die oben erörterte Begriffsbildung erforderlich. Der Erklärende muss vorher stets den entsprechenden Denkbegriff von der Absichtsvorstellung gebildet haben; anstatt ihn nun, etwa durch eins der drei eben angeführten Sprachbegriffe zu äussern, äussert er ihn durch die entsprechenden Zeichen. — Aber nur wo es sich um diese allgemein recipierte Zeichensprache handelt, liegt noch das Gebiet der ausdrücklichen Erklärung; im Falle besonderer Verabredung einer Erklärung durch Zeichen hat man schon von konkludenter Erklärung zu sprechen[1]).

Da es sich bei den auf diese Weise begrifflich begrenzten ausdrücklichen Erklärungen stets um einen dem Sprachgesetze (die Zeichensprache eingeschlossen) gemäss vorgenommenen Ausdruck handelt, wird sich sowohl die Ausdrucks- wie die Rückschlussthätigkeit schneller und bündiger vollziehen, als dies insbesondere beim Rückschluss aus einer konkludenten Handlung der Fall ist. Hier muss nämlich der Schliessende ausser der Wahrnehmung der Handlung noch immer einen gewissen Obersatz suchen, mit dem zusammen die in der Handlung liegende Wahrheit erst den die Erklärungsbehauptung repräsentierenden Schluss gestattet. Beim Zerreissen des Schuldscheins ist erst nötig, dass unter den obwaltenden Umständen der Obersatz zutreffend ist: der den Schuldschein zerreissende Gläubiger hat die Absicht, die entsprechende Forderung dem Schuldner zu erlassen. Ehe dieser Obersatz gewonnen wird, müssen sämtliche vorliegende Umstände nach dieser Richtung hin geprüft werden. Es muss gefragt werden, ob im vorliegenden Falle nicht vielleicht blos eine dem Schuldner minder günstige Ab-

[1]) Auch Leonhard, Allg. Teil S. 279 Anm. 2 empfiehlt den oben gegebenen Sprachgebrauch („Erklärung durch Geberdensprache").

sicht sich darin offenbart u. a. m. — Diese logische Thätigkeit ist nicht erforderlich, wo eine ausdrückliche Erklärung vorliegt. Die Sachlage würde sich im letzteren Falle dann ändern, wenn der Erklärende dasjenige Sprachgesetz, in Gemässheit dessen er seine Denkbegriffe ausdrückt, — die letzteren sind bei allen Menschen dieselben — nicht genau kennt. Dem Aufsuchen des Obersatzes beim Rückschluss aus einer konkludenten Handlung entspricht hier das umständliche Suchen nach dem nicht genau bekannten, entsprechenden Sprachbegriffe. In diesem Falle fällt jener sonst bestehende Unterschied dann auch fort. Ebenso ist es dann, wenn der Sprachgebrauch schwankt; wenn also das Gesetz, gemäss dessen rückgeschlossen werden soll, kein zuverlässiges ist.

Die formellen Willenserklärungen, von denen oben S. 23 bei Gelegenheit der Erörterung der Köppen'schen Ansicht über den Charakter der Realgeschäfte bereits die Rede war, sind eine Spezies der ausdrücklichen Erklärungen, deren begrifflicher Ausdruck an eine vom objektiven Recht oder vom Parteiwillen gesetzte Form gebunden wird.

Im ältesten römischen wie im heutigen Recht verlangte das objektive Recht bei den formellen Geschäften den begrifflichen Ausdruck des Erfolgswillens vor bestimmten Personen, vor Gericht, oder nicht nur mündlich, sondern in einfacher oder qualifizierter Schriftform. — Hat man hingegen eine andere, von Gesetz oder Parteiwillen statuierte Ausdrucksform vor sich, bei der der Weg der begriffsmässigen Erklärung vermieden wird (wenn z. B. ein bestimmtes Zeichen als Erklärung eines entsprechenden Willens festgesetzt ist), so darf man hier auch nicht mehr von einer formellen Erklärung sprechen, sondern lediglich von einer konkludenten, weil der begriffmässige Ausdruck fehlt. Die Form im rechtlichen Sinne setzt diesen stets voraus und modifiziert ihn lediglich weiterhin. Die formellen Erklärungen sind daher stets ausdrückliche, und die konkludenten niemals formelle.

In beiden Fällen der Erklärung muss ein anderer jedoch, um die Erklärung zu empfangen, einen Rückschluss von der Erklärungshandlung auf das Innere des Erklärenden thun, denn weder die konkludente noch die ausdrückliche Erklärung

ist mit dem inneren Willen identisch. Der erklärte Wille ist eben nur der rückgeschlossene, nicht der innere Wille[1]).

In jedem Falle der Erklärung verändert sich der innere Wille, sowie er die Gestalt der Erklärung annimmt. Der Inhalt leidet hier unter der Form. Dies erkennt ebenfalls allein die Psychologie und der Jurist hat es zu beachten. Etwas anderes ist es aber, ob der Jurist für seine Wissenschaft aus dieser Verschiedenheit des inneren und erklärten Willens praktische Schlüsse ziehen muss. Hier führt ein verschiedener Zweck beide Wissenschaften aus einander. Der Gegenstand der Jurisprudenz, das Recht, erstrebt die bestmögliche Ordnung der Lebensverhältnisse, verfolgt somit einen durchaus praktischen Zweck, dem alle Sätze des Rechts zu dienen haben. Praktische Verwendbarkeit ist das Ziel des Rechts. — Nicht alle wissenschaftlichen Wahrheiten sind aber praktisch verwendbar. Die Praxis des Lebens erhebt an vielen Stellen Forderungen, die origineller Natur sind und keinen anderen Grund haben, als den der Brauchbarkeit für den menschlichen Verkehr, in dem das Individuum eine geringere Rolle spielt als die Gesellschaft, und wo die Individualität ihre Rechte einem Durchnittsmass abtreten muss, nachdem dort allein geurteilt und bewertet wird.

Daher setzt sich die Verkehrsauffassung oft in Widerspruch zu wissenschaftlichen Postulaten. Diese Tendenz des Verkehrs hat die Jurisprudenz gegenüber anderen Wissenschaften zu ihrem Hauptzweck zu machen, je mehr, desto reicher das Verkehrsleben nach Zeit und Ort entwickelt ist, umso lebhafter dieser daher die Anerkennung seiner Forderungen im objektiven Recht verlangt.

Für den Verkehr ist nun der psychologische Satz, dass die Erklärung stets ganz anderer Natur ist, als der innere Wille, ohne Wert. Der Verkehr misst mit gröberem Masse. Ihm stellt sich die Erklärung normaler Weise stets als vollkommenes Spiegelbild des entsprechenden inneren Vorganges dar, so dass aus jenem auf diesen mit zuverlässiger Sicherheit geschlossen wird.

---

[1]) Hierauf hat bereits Leonhard, Irrt. S. 73 f. hingewiesen und dabei auf den infolge dessen entstehenden Dualismus aller psychologischen Ausdrücke hingewiesen.

Ebenso wenig wie der Verkehr — und daher auch das Recht — auf die nur im psychologischen Sinne, in diesem aber stets bestehende Divergenz zwischen Willen und Erklärung Rücksicht nimmt, nimmt er sie dann, wenn der Erklärende im Sinne des Sprachgesetzes oder der Lebensauffassung etwas ganz anderes ausdrücklich bezw. konkludent erklärt, als er im Inneren beabsichtigt. — Auch diese zweite Art der Divergenz, die nicht nur wie jene dem Psychologen, sondern jedermann bekannt und erkennbar ist, wird von Verkehr und Recht nicht berücksichtigt. Hier wird lediglich aus der Erklärungshandlung auf einen entsprechenden inneren Willen zurückgeschlossen, und dieser letztere gilt dann als der wirkliche.

Allerdings stellen Verkehr und Recht die Forderung, dass bei diesem allein entscheidenden Rückschluss alle äusserlich erkennbaren Umstände zu berücksichtigen sind, unter denen die Erklärung vorgenommen wird. Weisen diese anderen Umstände im Gegensatz zu der Erklärung auf einen anderen Willen als den nur auf Grund der letzteren rückschliessbaren hin, so ergiebt dieser Rückschluss nicht den rechtlich erheblichen Willen; die Erklärung ist daher nicht wirksam.

Da bei der Simulation und der nicht ernstlichen Erklärung die Divergenz in diesem zweiten Sinne auf Grund anderer, äusserlich erkennbarer Umstände ersichtlich ist, so darf der Rückschluss aus den Erklärungshandlungen hier nicht gezogen werden. — In diesen Fällen spricht auch das heutige Recht[1]) die Nichtigkeit der Willenserklärung aus.

Im Falle der Mentalreservation ist diese Divergenz hingegen an sich durch nichts äusserlich erkennbar oder erkennbar gemacht, der Rückschluss aus der Erklärung ist daher statthaft und der rückgeschlossene Wille der allein wirksame, obgleich er nicht der wirkliche ist[2]). — Kennt hingegen der

---

[1]) BG. §§ 117, 118.

[2]) Da die Mentalreservation nur bei Willenserklärungen möglich ist, ist sie bei der Occupation und Dereliktion undenkbar. Jemand kann nicht dasselbe zugleich innerlich wollen und nicht wollen. Eine Divergenz zwischen solchen zwei inneren Willensinhalten ist unmöglich.

Sähe man im corpus dieser beiden Handlungen, wie viele Schriftsteller thun, hingegen eine konkludente Handlung, so müsste man zulassen, dass

Erklärungsgegner auch in diesem Falle den Vorbehalt, was die äusseren, nebenher gehenden Umstände ergeben können, so ist auch hier der Rückschluss nicht statthaft und die Erklärung nichtig (so: BG. § 116)[1]).

Die neben der Erklärungshandlung bestehenden Umstände, die bei dem Rückschluss auf den inneren Willen stets berücksichtigt werden müssen, können verschiedenster Art sein. Insbesondere kann der Erklärende selbst neben seiner Erklärungshandlung darauf hinweisen, dass diese zu einem Rückschluss auf den inneren Willen im speziellen Falle nicht geeignet ist: er „protestiert" gegen den Rückschluss.

Unrichtig ist es, wenn man infolge dieser notwendigen Berücksichtigung von nebenher gehenden Umständen meint, im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, das jene Forderung auch aufstellt, sei unter Willenserklärung nicht die einzelne Handlung des Wollenden, sondern sein gesamtes, für den Rückschluss auf den Willen in Betracht kommendes Verhalten zu verstehen[2]). Dieser ungerechtfertigten Begriffsveränderung muss durchaus widersprochen werden. Willenserklärung ist auch im Sinne des neuen Rechts immer nur die einzelne Er-

---

jemand, der den Aneignungswillen nicht hat, aber eine herrenlose Sache an sich nimmt und grade dadurch Aneignungswillen erklären will, occupiert, was zweifellos falsch ist. Sein innerer Wille entscheidet allein, weil das corpus keine Erklärungshandlung und die Mentalreservation hier wie bei der Dereliktion daher nicht möglich ist. — Vgl. Leonhard, Allg. Teil S. 469. Daselbst wird festgestellt, dass bei allen nichtwahrnehmungsbedürftigen Rechtsakten, zu denen Leonhard die Occupatio rechnet, von einem geheimen Vorbehalte ebenso wenig die Rede sein kann wie von einem offensichtlichen Scheingeschäfte. — Diejenigen „Willensmängel", die sich grade auf das Verhältnis zwischen Wille und Erklärung beziehen, sind bei denjenigen juristischen Handlungen, die einer Erklärung nicht bedürfen, natürlich unmöglich. Daher ist bei der Occupatio wie der Dereliktio eine eventuelle divergierende Erklärung des Handelnden unerheblich.

[1]) Das hier hervorgehobene Moment betont bereits Hartmann in „Wort und Wille": (Arch. f. civ. Pr. 20 S. 71) „dass die Geltendmachung einer von dem äusserlich Erklärten abweichenden inneren Absicht nur zulässig erscheint, sofern dies vereinbar ist mit der guten Treue und Sicherheit des Verkehrs, insbesondere wenn jene Abweichung der inneren Absicht bei gewöhnlicher Achtsamkeit der Gegenpartei erkennbar sein musste".

[2]) Dieser Meinung ist neuerdings Isay, Willenserklärung S. 13.

klärungshandlung, die als solche bewusst gewollt sein muss. Von dieser Handlung, für die allein die im BG. für die Willenserklärungen gegebenen Normen gegeben sind und auch nur Sinn haben, ist streng zu scheiden alles dasjenige, was nur seitens anderer Personen bei dem Rückschluss aus ihr auf den inneren Willen zu berücksichtigen ist. Wie oben hervorgehoben wurde, sind alle nebenher gehenden, äusserlich erkennbaren Umstände zu berücksichtigen, die den Rückschluss modifizieren würden. Diese Umstände brauchen nicht nur in dem Verhalten des Erklärenden zu liegen; sie können ganz ausserhalb dessen Person bestehen und müssten dann konsequenter Weise von jener oben erwähnten Auffassung auch in den Begriff der Willenserklärung fallen. Bei konsequenter Durchführung jener Auffassung wird dieser Begriff ein viel zu weiter und würde dann seinen eigentlichen Wert in der Jurisprudenz einbüssen. Es ist auch mit Rücksicht auf das neue Recht kein Grund vorhanden, irgend welche Umformung dieses Begriffes vorzunehmen. Willenserklärung bleibt immer die bewusst vorzunehmende Erklärungshandlung[1]).

Aus dem Umstande, dass das Recht immer nur denjenigen Willen für wirksam erachtet, der infolge des nach der Lebensauffassung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmenden Rückschlusses, aus der Erklärungshandlung sich ergiebt, folgt umgekehrt für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, dass derjenige, der seinen Erfolgswillen behufs Vornahme eines Rechtsgeschäfts

---

[1]) Im Gegensatz zu der oben gegebenen „Verkehrstheorie“ sowie insbesondere ausdrücklich zu der bisher üblichen Erklärungs-, Vertrauens- und Willenstheorie giebt Leonhard, Allgem. Teil S. 464 ff. neuerdings eine eigene Theorie, in der er die Willenstheorie modifiziert: „Keine Erklärung ohne gewollte Geltung des Inhalts“. Jeder Urheber einer Erklärung wolle nämlich, „dass der andere Teil sich an seine Worte halte“, „dass man die Zuverlässigkeit seiner Erklärungen nicht anzweifle“. Nicht weil der Empfänger der Erklärung traue, sondern weil der Erklärende es im Zweifel so wolle, gelte die Erklärung. — Unvereinbar mit dieser gesunden und natürlichen Theorie ist jedoch, wie mit dem Willensdogma, die Unwirksamkeit der Mentalreservation. Der unter geheimem Vorbehalt Erklärende will eben nicht die Geltung seiner Erklärung, sondern seines inneren Willens. Seinem Geltungswillen entgegen gelangt das Erklärte zur Geltung, und nicht, wie die Theorie Leonhard's allgemein sagt, deswegen, weil der Erklärende es so wolle.

zu erklären hat, diese Erklärungshandlung gemäss der Verkehrsauffassung vorzunehmen hat, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, dass aus seiner im Gegensatz zur Verkehrsauffassung vorgenommenen Erklärungshandlung auf einen anderen Willen zurückgeschlossen wird und ein anderer Wille daher wirksam wird als sein wirklicher. Im Sinne des Verkehrs und des Rechts sind trotzdem die eintretenden Rechtswirkungen seiner Erklärung „gewollte", da im Rechtssinne der innere Erfolgswille dort, wo er zu seiner Wirksamkeit der Erklärung bedarf, nur der aus der letzteren rückgeschlossene ist. Der letztere ist — worauf das Recht nicht achtet — nur dann auch der wirkliche, wenn die Erklärungshandlung sich in derselben Richtung bewegt hat, in der der Rückschluss vorgenommen wird.

Pininski sagt[1]): Es sei das Charakteristische der stillschweigenden Erklärung, dass sie sehr oft wirke, obwohl der Handelnde die Rechtsfolgen gar nicht wünsche. Die letzteren träten ein, nicht weil der Erklärende wusste und wollte, sondern weil er wissen musste, dass sein Benehmen als konkludente Handlung gilt. — Hiermit trifft Pininski, wie sich aus den oben angestellten Erörterungen ergiebt, nicht ein wesentliches Merkmal der stillschweigenden Erklärung. Das was er hervorhebt, gilt vielmehr ebenso für die ausdrückliche Erklärung. Ebenso unerbittlich nämlich, wie mangels eines Protestes oder diesem gleichwertigen äusseren, erkennbaren Umstandes aus einer konkludenten Handlung auf den inneren Willen rückgeschlossen wird, ebenso geschieht dies aus der ausdrücklichen Erklärung heraus. Infolge nicht erkennbarer Mentalreservation oder falscher Anwendung eines Sprachbegriffs kann auch in diesem Falle der rückgeschlossene Wille nicht der wirkliche sein. — Diese Gefahr besteht nicht bei denjenigen Rechtsgeschäften, die einer Willenserklärung nicht bedürfen, wie Occupation und Dereliktion. Während bei den anderen die Möglichkeit besteht, dass eine in Wahrheit nicht gewollte Wirkung eintritt, ist dies bei den letzterwähnten Rechtsgeschäften unmöglich.

---

[1]) a. a. O. II S. 449.

Die Definition des Rechtsgeschäfts als eine juristische Handlung, durch die gewollte Rechtswirkungen erzeugt werden, wird aber auch nicht durch jene Möglichkeit des Eintritts ungewollter Wirkungen modifiziert, da sie nur den Normalfall im Auge zu haben braucht, dass der rechtsgeschäftlich Handelnde sich zu der Verkehrsauffassung nicht in Widerspruch setzt, dass er diese vielmehr kennt und zu der seinigen macht. Unberücksichtigt hat demgegenüber der Fall zu bleiben, dass der Handelnde aus Unkenntnis oder entgegengesetztem Willen ausdrückliche oder konkludente Erklärungshandlungen vornimmt, die seinem inneren Willen nicht entsprechen.

Der Verfasser identifizierte gemäss dem herrschenden Sprachgebrauch die Ausdrücke „stillschweigende" und „konkludente" Erklärung [1]). Denn es ist rechtlich gleichgiltig, ob die nicht-ausdrückliche Erklärung durch positive Handlung oder durch Unterlassen einer solchen, durch Schweigen erfolgt. Das letztere muss nur, falls es die Rolle einer konkludenten Erklärung übernehmen soll, auch ebenso wie die positive Handlung gewollt sein [2]). Insofern teilt das Schweigen das Hauptmerkmal der Handlung und rechtfertigt durchaus den herrschenden Sprachgebrauch, dem „stillschweigend" dasselbe ist wie „konkludent" [3]).

Schlossmann kommt auch an diesem Punkte seiner Kritik infolge unrichtiger Prämissen zu dem Schlusse [4]), dass die sog. Erklärung durch Schweigen nichts anderes sei, als eine blos fingierte Erklärung. Da wo in Wahrheit nichts erklärt werde, werde aus „bestimmten, unerforschten Gründen"

[1]) Siehe über den Sprachgebrauch Brinz IV S. 268 Anm. 5. — Brinz selbst sagt S. 273 ebenfalls, dass die Folgerungen aus dem Stillschweigen nichts anderes seien als eine Spezies der konkludenten Erklärungen.

[2]) Ebenso Bekker, Pand. II § 83 a: um Rechtsgeschäft zu sein, muss das Schweigen Willenserklärung, Handlung, also die Nichtbewegung gewollt sein.

[3]) Über den Begriff der „Unterlassung" und seine psychologisch gerechtfertigte Gleichstellung mit dem der Handlung cf. Zitelmann, a. a. O. S. 61 f. und 259 ff.

[4]) Vertrag S. 48 f. Vergleiche hierzu Ehrlich, stillschw. Erklärung S. 21 ff., wo die Ausdrucksweise Schlossmann's auch gerügt wird. Siehe auch Leonhard, Allgem. Teil S. 280 über das Bestreben, den Begriff der stillschweigenden Erklärung einzuengen.

eine Erklärung angenommen, die sichtlich fehlt, und würden an diese fingierte Erklärung Wirkungen geknüpft. Der Begriff der stillschweigenden Erklärung erweise sich daher in allen Fällen als unbrauchbar.

Isay[1]) folgt dieser jeder Begründung entbehrenden Auffassung ganz.

Wenn auch der Vorwurf Schlossmann's begründet ist, dass das römische Recht auch mit Quasikontrakt und Quasidelikt operiert habe[2]) und diese Kategorien sich als schwächliche Stützen einer unbeholfenen Systematik erwiesen, so ist es unbegründet, wenn Schlossmann die Ausdrücke des römischen Rechts: tacitus consensus, tacita promissio und tacitum pactum gleich dem modernen Begriff der stillschweigenden Willenserklärung als inhalts- und wertlos bezeichnet.

Mit Recht geben die Römer in jenen Begriffen zu erkennen, dass im Stillschweigen eine rechtlich dem wörtlichen Ausdruck ebenbürtige Erklärungsform zu sehen sei, wenn sie auch, wie sich weiter unten zeigen wird, diese Begriffe auf Fälle ausdenen, in denen überhaupt keine Willenserklärung vorliegt, und wenn man dem römischen Recht hier, aber auch nur hier, den von Schlossmann erhobenen Vorwurf nicht ersparen kann[3]). — Im übrigen sind jene Ausdrücke des römischen Rechts ebenso berechtigt und vollwertig wie der moderne Begriff der stillschweigenden Erklärung. Denn auch das Schweigen, d. h. das Unterlassen einer positiven Erklärungshandlung, ist als eine Handlung im weiteren Sinne anzusehen, da auch das Schweigen ein Resultat darauf gerichteten Willens sein muss, ebenso wie die positive Handlung. Gleich dieser wirkt auch das Unterlassen unter Umständen in der Weise, dass dadurch die Anwesenheit eines gewissen inneren Willens angezeigt wird: dieses Anzeigen ist juristisch eine Willenserklärung. Das Reale und einzig Wesentliche in allen Fällen der letzteren ist der rückschliessbare Wille. Auch beim Schweigen in dem hier allein erheblichen angeführten Sinne wird wie bei

[1]) a. a. O. S. 8 und 34.
[2]) Siehe hierzu oben S. 5 Anm. 2.
[3]) Siehe unten S. 59 f.

einer positiven Handlung aus einem vom Innern des Erklärenden nach aussen projizierten wahrnehmbaren Zeichen auf einen inneren Willen zurückgeschlossen. Insofern kann auch das Schweigen im Verkehr und im Recht die Rolle der Willenserklärung übernehmen. Der letzteren ist das Merkmal einer positiven Handlung nicht essentiell. Wesentlich ist nur ein äusseres Anzeichen, das zu einem Rückschluss auf einen entsprechenden Willen verwertbar ist; und dieses Prädikat wird dem Schweigen niemand absprechen. Nur insofern das letztere aber jene Eigenschaft hat, nur insofern es auch gleich der positiven Handlung gewollt ist, wird es als konkludente Willenserklärung in Anspruch genommen.

Stellt man sich die Rolle des Schweigens in der angegebenen Weise vor, so bedarf man keiner Fiktion irgend eines erheblichen Elementes.

Schlossmann und Isay müssten konsequent auch im Falle einer Erklärung durch positive Handlung dann von einem fingierten Willen reden, wenn der Rückschluss von jener auf den Willen nicht den wirklichen Willen trifft, was, wie oben hervorgehoben wurde, durchaus möglich ist. Der bei vorliegender Mentalreservation wirksame Wille müsste dann auch als fingiert bezeichnet werden u. s. w.

Der Verfasser meint aber, dass der Erklärende in jedem Falle, in dem er ein äusseres, eine Absicht andeutendes Anzeichen in die Erscheinung treten lässt, für die rückgeschlossene Absicht verantwortlich ist, und dass das objektive Recht deshalb auch das diese Voraussetzungen erfüllende Schweigen als wirksame Willenserklärung ansehen darf[1]).

Ebenso wie der Ausdruck „fingierte Willenserklärung“ in der soeben erörterten Beziehung unberechtigt ist, ist er es nach Ansicht des Verfassers überhaupt. Es wird in der Jurisprudenz jedoch viel mit ihm operiert[2]).

---

[1]) Ebenso meint auch Brinz IV S. 273: „Wo das Stillschweigen, nebstdem dass ein Nichtredenwollen aus ihm erhellt, noch auf ein andres Wollen schliessen lässt, ist es grade so gut ein konkludentes Faktum, als unter derselben Voraussetzung die positive That oder die ausdrückliche Willenserklärung“.

[2]) Siehe Brinz IV S. 269 Anm. 6, S. 271. Ferner Pininski II S. 321 und Leonhard S. 210 ff.

Viele Schriftsteller finden, dass das Recht in gewissen Fällen eine Rechtswirkung eintreten lasse ohne jede Rücksicht auf einen erklärten Willen. Hier hätte man von fingierter Erklärung des Willens zu sprechen. So wäre es z. B. mit dem tacitum pignus des römischen Rechts. — Diese Auffassung ist deswegen fehlerhaft, weil hier eine Erklärung, auch eine stillschweigende, überhaupt nicht vorliegt, aber auch nicht erst fingiert zu werden braucht, um die Rechtswirkung zu begründen oder verständlich zu machen. Wenn auch das römische Recht diese nicht mehr unter die Willenserklärung fallenden Wirkungen als tacitus contractus oder ähnlich bezeichnet, so darf dieser Ausdruck nicht mit „stillschweigender Vertragsschluss" übersetzt werden, da er einen weiteren Umfang hat als der letztere [1]).

In allen hierher gezählten Fällen liegt aber weder eine stillschweigende, noch überhaupt eine Erklärung des Willens vor. Alle gesetzlichen Pfandrechte, die das römische Recht als „tacite" kontrahiert bezeichnet, beruhen weder auf einer stillschweigenden, noch einer erst zu fingierenden Erklärung; es sind vielmehr Rechtswirkungen, die das Gesetz unabhängig vom Parteiwillen, aber im Interesse der Parteien an gewisse Thatbestände anknüpft. Das Pfandrecht des Vermieters z. B. knüpft sich an den Thatbestand des Mietsverhältnisses, nicht an einen sich erst zu fingierenden Consens der Parteien. Im verursachenden Thatbestand dieser Rechtswirkung ist gar keine Willenserklärung enthalten, jene schliesst sich vielmehr ex lege an das entstandene Mietsverhältnis an.

Daraus, dass die Rechtswirkung dem Parteiinteresse dienen soll, folgt nicht, dass sie immer nur infolge einer Erklärung des darauf gerichteten Willens eintritt. Daher braucht man die Erklärung, wo sie auch in der Form als konkludente Handlung sichtlich fehlt, nicht zu fingieren.

Auch in der l. 2 D. 17. 2 liegt bei der sog. traditio tacita keine stillschweigende oder fingierte Erklärung vor: Das römische Recht lässt das Miteigentum der socii hier ohne spezielle Tradition der jedem gehörenden Sache entstehen.

[1]) Dass das römische tacite contrahere oft gar keine Willenserklärung im modernen Sinne enthält, erörtert auch Ehrlich, stillschw. Erklärung S. 12 ff. Siehe auch S. 21 ff. ebendort.

Diese Wirkung soll sich vielmehr ex lege an das Societätsverhältnis anschliessen, sobald dies nur entstanden ist[1]).

Die Römer wollten, wie aus der oben gerügten Ausdrucksweise hervorgeht, wie auch ein Blick auf ihr System der Entstehungsgründe der Obligationen zeigt, dergleichen Rechtswirkungen möglichst immer mit dem Parteiwillen in rechtlich kausale Beziehung bringen. Sie waren dem gesetzlichen Eintritt subjektiver Rechte abgeneigt und nahmen, um dem Parteiwillen jenes Privilegium wenigstens auf dem Papier zu lassen, lieber zu seiner Fiktion Zuflucht. — Das moderne Recht bedarf solcher Umwege nicht. Es kennt neben der gewillkürten Rechtsfolge auch die gesetzliche, die freilich wie jene — und wie alles Recht, schliesslich auch dem Parteiinteresse dienen soll, deren Eintritt aber nicht Gegenstand des darauf besonders gerichteten Willens zu sein braucht, wie es dem Rechtsgeschäftsbegriff wesentlich ist.

Ebenso illegitimiert wie die fingierte Erklärung ist ferner die „präsumierte“ [2]). Dort wo vom objektiven Recht unter gewissen Umständen das Vorhandensein einer Willenserklärung oder eines Willens vermutet und demgemäss eine Wirkung normiert wird, liegt nach Ansicht des Verfassers immer eine konkludente Erklärung vor. Ob der Rückschluss bei dieser auf Grund der nicht gesetzlich fixierten oder der in Gestalt solcher „präsumierten“ Erklärung gesetzlich normierten Lebens- und Verkehrsauffassung gezogen wird, ist gleichgiltig.

Pininski denkt hier[3]) an den Fall, dass das Gesetz den Sinn einer solchen Erklärung auch nicht mehr gemäss der Verkehrsauffassung normieren könnte und meint, dass dann der normierte Thatbestand kein rechtsgeschäftlicher mehr sei. — Dieser Fall ist undenkbar. Das Recht verkörpert ja die Lebens- und Verkehrsauffassung, und ein Widerspruch zwischen beiden ist daher unmöglich, vorausgesetzt allerdings, dass die Lebensauffassung dem Recht nicht vorausgeeilt und letzteres also

[1]) Auch Ehrlich (stillschw. Willenserkl. S. 289) hebt die Divergenz des quellenmässigen Ausdrucks „tacita obligatio“ von dem modernen Begriffe der Willenserklärung hervor (s. unten S. 67 Anm. 1).

[2]) cf. Brinz IV S. 277, Pininski S. 319, Leonhard S. 210 ff.

[3]) S. 318.

nicht veraltet ist. Das Recht wird also, wenn es den Sinn einer Erklärung selbst normiert, dies gemäss der gegenwärtigen Lebensauffassung thun, und die Folge, dass die solcher Weise gesetzlich „präsumierte“ Willenserklärung gar keine rechtsgeschäftliche mehr ist, ist mit Pininski daher nicht zu befürchten.

Ob die Lebensauffassung aber im Recht positiv Aufnahme gefunden hat oder nicht, ist für die Entscheidung des rechtlichen Charakters der vorliegenden Erklärung unerheblich. Immer wird gemäss der Lebensauffassung zurückgeschlossen. Ist diese rechtlich fixiert, so haben sich der Erklärende wie der Rückschliessende nur an die rechtliche Norm, nicht — wie sonst bei konkludenten Handlungen — an die mehr oder weniger schwankende Lebensauffassung selbst zu halten. Immer bleibt die Erklärung, da sie nicht begrifflich erfolgt, konkludent.

So enthält z. B. § 1, J. 1. 14 lediglich eine solche im Sinn der Lebensauffassung gegebene Rechtsnorm. Diese bestimmt, dass dann, wenn ein Sklave testamentarisch zum Vormund eingesetzt wird, darin auch dessen Freilassung als gewollt liegen und daher eintreten soll. Dies ist keine „präsumierte“, sondern eine konkludente Erklärung.

Ebenso beruht die schon dem römischen Recht bekannte relocatio tacita nicht auf „präsumierter“ sondern auf stillschweigender Erklärung, deren Sinn in Gemässheit der Lebensauffassung gesetzlich festgelegt ist.

Überall wo die Rechtswissenschaft bei Prüfung der Essentialien eines Begriffes Homogeneität entdeckt, muss sie abweichende Bezeichnungen, wie sie vor jener Prüfung vorgenommen wurden, ausmerzen. So sind auch die Begriffe der präsumierten und der fingierten Willenserklärung durchaus entbehrlich und nur irreführend, denn sie repräsentieren keine besonderen Genera, ihre spezifischen Merkmale ordnen sie vielmehr bereits von der Wissenschaft geschaffenen Begriffsgattungen unter.

5. Objekt des Erfolgswillens.

Das Recht giebt den Parteien, wie sich zeigte, in den Rechtsgeschäften Mittel an die Hand, Rechtswirkungen zu erzeugen. Mit der Gewährung der rechtlichen Anerkennung

dieser Wirkungen, die ja nicht wahrnehmbar, sondern nur logisch erschliessbar sind, hat das Recht genug gethan. Die durch das Rechtsgeschäft bewirkten Rechtsfolgen sind jedoch nicht das Ziel der Wünsche der Parteien, denn sie vermitteln nur die Erreichung weiterer wirtschaftlicher Zwecke. Hieran grade zeigt sich, dass das Recht nicht menschlicher Selbstzweck ist, sondern nur als Mittel zur Erreichung des oben bereits erwähnten Zweckes dient, nämlich der Ordnung der Lebensverhältnisse. Die letzteren sind rein praktisch und wirtschaftlich. Das Privatrecht kann die Ordnung derselben durch Normierung juristischer Thatbestände und Wirkungen immer nur anbahnen, nicht selbst ausführen. Die gewährte Rechtswirkung schafft erst die Möglichkeit des wirtschaftlichen Genusses, noch nicht diesen selbst[1]).

Was die Menschen schliesslich im Verkehr und im Kampfe mit einander begehren, ist der wirtschaftliche Genuss. Derselbe kann entweder auf unrechtlichem oder rechtlichen Wege erreicht werden. Das Rechtsgeschäft soll seiner Bestimmung nach das einzige rechtliche Mittel zur Erzeugung der Möglichkeit des wirtschaftlichen Genusses sein.

Hiernach entsteht die Frage, ob bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts der rechtliche oder der durch diesen nur vermittelte wirtschaftliche Erfolg gewollt d. h. Inhalt und Gegenstand der Absicht des Handelnden sein muss. Diese Frage ist in der Litteratur schon öfters erörtert worden und fand dabei verschiedenartige Beantwortung. Der Verfasser sieht nur die folgende Auffassung als richtig an[2]): Der Handelnde muss durch den Inhalt seiner Absicht lediglich den Thatbestand eines Rechtsgeschäfts unzweideutig konkretisiert haben. Es ist nicht nötig, dass grade die Rechtswirkungen beabsichtigt sind. Es genügt vielmehr, wenn nur die wirtschaftlichen Folgen

---

[1]) cf. Pininski II 303: Die Rechtsfolge ist nur ein Mittel, das zur Erreichung eines praktischen Zieles verhilft. Leonhard S. 102 Anm. 3: Der Rechtserfolg ist also im Verhältnis zu der Erklärung „Zweck“ und in demjenigen zu dem wirtschaftlichen Erfolge „Mittel“.

[2]) Sie wird geteilt von Pininski II 304, von Endemann, Einführung I 261, von Ehrlich, „stillschw. Willenserkl.“ S. 2 ff. und S. 11, von Lenel siehe unten S. 65.

einer Rechtswirkung gewollt sind. Denn diese bezeichnen die letztere meist unzweideutig. Ob die Parteien „Eigentum“ übertragen oder nur die Sache derart übergeben wollen, dass der Empfänger sie immer für sich allein haben soll, ist gleichgiltig. In beiden Fällen wird eindeutig das Rechtsgeschäft der Eigentumstradition bezeichnet, und es treten daher, wenn der ganze Thatbestand desselben verwirklicht ist, deren Folgen ein.

Mehrere Schriftsteller lassen sich dadurch, dass der Wille bei gewissen Handlungen sich praktisch regelmässig auf eine rein faktische und wirtschaftliche Folge richtet, verleiten, diese Handlungen deswegen aus der Kategorie der Rechtsgeschäfte auszuschliessen. Diese Autoren machen es zu einem wesentlichen Merkmal des Rechtsgeschäftsbegriffes, dass der Wille sich auf eine Rechtsfolge richtet. So findet z. B. Zitelmann[1]), dass bei der Dereliktion die faktische Absicht genüge, mit der Sache nichts mehr zu thun haben zu wollen und[2]), dass dem Derelinquenten der Umstand häufig nicht zum Bewusstsein komme, dass er durch seine Handlung sein Eigentumsrecht zerstöre. Deswegen werde es zweifelhaft, ob die Dereliktion Rechtsgeschäft sei. — Diese Erwägungen und Entscheidungen sind unzutreffend. Schon oben[3]) wurde darauf hingewiesen, dass man den Rechtscharakter einer Handlung nicht von dem praktisch möglichen Inhalt des Bewusstseins abhängig machen darf. Hier zeigt sich, dass die von Zitelmann bezeichnete Absicht des Derelinquenten, mit der Sache nichts mehr zu thun haben zu wollen, diejenige Absicht ist, die im Thatbestand des Rechtsgeschäfts die wesentliche ist, die sog. Erfolgsabsicht. Die dort bezeichnete wirtschaftliche Folge deutet präzis auf eine entsprechende rechtliche Folge hin, nämlich auf den Eigentumsverlust. Damit ist der Thatbestand der Dereliktion konkret bezeichnet, und es treten dessen Wirkungen ein, die sich auch als gewollt darstellen.

Es kann natürlich bei blosser Beabsichtigung wirtschaftlicher Folgen oft schwierig, ja unmöglich sein, das ihnen entsprechende Rechtsgeschäft zu ermitteln, da die wirtschaftlichen

[1]) S. 313.
[2]) S. 315.
[3]) oben S. 16.

Folgen von gröberer Struktur sind als die rechtlichen. In kritischen Fällen dieser Art werden die Parteien auf die notwendige Möglichkeit der Bezeichnung eines entsprechenden Rechtsgeschäfts zu achten haben. Ist jene unmöglich, so treten Rechtswirkungen überhaupt nicht ein[1]).

Es giebt gewisse Rechtswirkungen, von denen weitere wirtschaftliche Folgen nicht loszulösen sind. Hier werden die Rechtsfolgen selbst beabsichtigt sein müssen. Dies ist besonders der Fall bei den personen- und familienrechtlichen Geschäften wie z. B. dem Eheschluss, Adoptionsvertrag, der Emancipatio. Diese Rechtswirkungen werden als solche gewollt sein müssen. — Hierauf deutet auch Karlowa[2]) mit den Worten hin: „Zweck und Inhalt der Rechtswirkungen sind oft identisch". Die vermögensrechtlichen Geschäfte haben nach der richtigen Ansicht dieses Autors hingegen ihren eigentlichen Zweck ausserhalb der direkten Rechtswirkung.

Lenel[3]) untersucht verschiedene Handlungen auf den Inhalt der bei ihrer Ausführung vorliegenden Absicht. Er findet mit Recht, dass es sich bei sachenrechtlichen Geschäften meist um Parteizwecke wirtschaftlicher Natur handeln wird. Bei anderen, z. B. der Wechselhingabe, Mancipatio, Stipulatio u. a. hätten die Parteien hingegen besonders an die juristischen Folgen zu denken. — Hieran ist aber immer der Schluss zu knüpfen, dass es auf diese Verschiedenartigkeit des Erfolgswillens nicht ankommt, dass nur ein bestimmter Rechtserfolg eindeutig bezeichnet sein muss[4]).

Ist nun aber ein Rechtsgeschäft auf diese Weise bestimmt bezeichnet, so treten dessen sämtliche Folgen ohne weitere

---

[1]) Dem gegenüber betont Ehrlich („Die stillschw. Willenserkl." 1893 S. 6): dass es die Jurisprudenz stets als ihre Aufgabe betrachtet hätte, die rechtlich erzwingbaren Vertragswirkungen so zu gestalten, dass sie mit den von den Parteien angestrebten (wirtschaftlichen s. S. 2 ff.) möglichst zusammenfielen.

[2]) Rsg. S. 164.

[3]) Jahrb. f. Dogm. 19 S. 198 ff.

[4]) Ebenso auch Pininski S. 302: „Manche Rechtsgeschäfte, die, abgesehen von ihren rechtlichen Folgen, überhaupt keinen Sinn haben würden, haben einen so ausgeprägt juristischen Charakter, dass hier stets in der Erklärung die rechtliche Natur des Geschäfts hervorgehoben werden muss.

Berücksichtigung des Parteiwillens ein. Das Recht stattet nämlich den Thatbestand eines Rechtsgeschäftstypus mit einer ganzen Anzahl von Wirkungen aus, von denen manche durchaus nicht bezeichnet und gewollt zu sein brauchen. Ist vom Parteiwillen ein Rechtsgeschäftsthatbestand bezeichnet, so müssen alle nun eintretenden Folgen in Kauf genommen werden; der Handelnde erreicht ja jedenfalls auch die von ihm gewollte Folge. — Aus anderen, nicht nur im Interesse des Handelnden, sondern anderer beteiligter Personen liegenden oder nur allgemeinen Rücksichten lässt das Recht auch ungewollte Wirkungen eintreten. Man denke hier z. B. an die zahlreichen dinglichen und persönlichen Wirkungen des Pfandverkaufs, von denen nur die wenigsten Gegenstand des Erfolgswillens sind.

Auch in dieser Beziehung ist der Auffassung Schlossmann's nicht beizutreten[1]). Er bringt im Sinne der herrschenden Meinung die infolge eines Rechtsgeschäfts auch ungewollt eintretenden Wirkungen dadurch ebenfalls in Beziehung zum Handelnden, dass er diese Wirkungen als „stillschweigend gewollt" bezeichnet. Bei solchem Missbrauch dieses Ausdrucks muss man ihn freilich für wertlos und sogar gefährlich erachten. Das objektive Recht gäbe sich dann nur den Anschein, eine Wirkung vom Parteiwillen abhängig zu machen, scheute sich aber nicht, diesen Willen, im Falle seines Fehlens, zu fingieren, freilich in der rücksichtsvolleren Form der Annahme einer „stillschweigenden" Erklärung.

Oben wurde der Begriff der letzteren erörtert und festgestellt, dass sich in ihm niemals eine gesetzliche Fiktion verbirgt. Es wird lediglich nach feststehenden Verkehrsgrundsätzen von gewissen äusserlich erkennbaren Anzeichen auf den inneren Willen zurückgeschlossen. Normaler Weise ist das stillschweigend Gewollte auch das wirklich Gewollte. Es ist das Bestreben daher ganz unbegründet, dort, wo man ungewollte Wirkungen eintreten sieht, zur Erklärung derselben das Mittel der stillschweigenden oder konkludenten Willenserklärung

[1]) Vertrag S. 47 ff. Wenn Schlossmann's Ausdrucksweise sich auch eng an die Quellen anschliesst, so zeigte sich doch bereits oben S. 60 ff., dass die Quellen dem modernen Sprachgebrauch in dem vorliegenden Punkte nicht vorbildlich sein dürfen. Siehe auch oben S. 61 Anm. 1 zu Ehrlich.

anzuwenden; denn stillschweigend gewollt ist nicht identisch mit nicht-gewollt[1]). Das Recht lässt viele Wirkungen eintreten, ohne positiv darauf gerichteten Willen zu verlangen, ohne ihn deswegen aber zu fingieren. Die Eviktionshaftung des Verkäufers tritt ex lege ein, ohne den Umweg einer Fiktion des entsprechenden Parteiwillens.

Diese auch ungewollt eintretenden Wirkungen der Rechtsgeschäfte werden von dem Bedürfnis des Verkehrs verlangt und sind dementsprechend vom Recht statuiert, um das durch den egoistischen Parteiwillen leicht verschiebbare rechtliche Gleichgewicht stets zu erhalten.

Der weitere, jedem Geschäft gegebene Ausbau beruht teilweise auf ius cogens, teilweise auf ius dispositivum. Im letzteren Falle will das Recht nur mangels ensgegenstehenden Parteiwillens selbständig thätig sein. Im ersteren Falle ist sogar entgegenstehender Parteiwille unerheblich. Trotzdem

---

[1]) Das Bestreben, diesem Missbrauch des Ausdrucks „stillschweigende Erklärung" zu steuern, hat auch Ehrlich (stillschw. Willenserkl. S. 112 ff.); dieser Schriftsteller findet (S. 289) ebenfalls, dass häufig Thatbestände als stillschweigende Erklärungen konstruiert werden, bei denen weder von einem Willen, noch von einer Erklärung die Rede sein kann. Sprächen doch auch die Quellen von einer tacita obligatio, obwohl es sich um eine offenbar nicht durch Vertrag begründete Klage handele. — Darin kann der Verfasser diesem Autor jedoch nicht beistimmen, dass es auch einen ohne Willenserklärung möglichen Vertragsschluss gäbe (S. 157 a. a. O.). Ehrlich meint insbesondere, dass im Ge- oder Verbrauch einer offerierten Sache nicht die konkludente Erklärung des Annahmewillens liege, sondern darin die reale Aneignung (S. 154) zu sehen sei. Der Vertrag käme hier durch die letztere, nicht durch Geschäftswillen zustande. — Nach Ansicht des Verf. ist in dieser Aneignungshandlung die konkludente Erklärung zu erblicken, dass die Offerte angenommen werde. Nebenumstände könnten den Rückschluss auf die Geschäftsabsicht ausschliessen, trotzdem eine Aneignungshandlung vorgenommen würde. Ein Vertrag läge dann nicht vor, sondern ein Delikt. Ehrlich meint S. 160, dass derjenige, der feilgebotene Waren an sich mehme und dem Eigentümer dabei erklärt, dass er nichts zahlen wolle, dennoch zur Zahlung des an den Waren vermerkten Preises werde verurteilt werden müssen. — Diese Verpflichtung entspringt aber nach der Ansicht des Verfassers nicht einem infolge Aneignung zustande gekommenen Kaufvertrages — ein solcher liegt mangels Geschäftswillens des Aneignenden nicht vor — sondern infolge der unerlaubten Handlung, als welche sich die Aneignungshandlung hier darstellt. Nicht der Preis, sondern Schadensersatz ist zu leisten.

das Rechtsgeschäft von Hause aus dem Parteiinteresse zu dienen bestimmt ist und den Parteien ein Mittel zur Selbstgestaltung ihrer Lebensverhältnisse ist, ist es in der letzterwähnten Beziehung auch dazu bestimmt, den allgemeinen Zwecken des Rechts zu dienen, die freilich im Parteiinteresse wieder ihr letztes Ziel finden.

Weist der geäusserte Parteiwille z. B. auf den Thatbestand des depositum hin und liegen alle Voraussetzungen desselben vor, so treten auch alle Wirkungen ein, die das objektive Recht normiert. Dabei ist nach römischem Recht ius cogens, dass der Depositor Detentor wird, und selbst entgegenstehender Kontraktswille würde diese Folge nicht abändern können. An diesem Punkte verfolgt das objektive Recht einen eigenen Zweck, der dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis, nicht gerade dem speziellen Wunsche der Contrahenten entsprechen will.

Eine besondere Stellung unter den nichtgewollten Wirkungen der Rechtsgeschäfte nimmt die kontraktliche Schadensersatzpflicht ein. Diese wird vom objektiven Recht bei obligatorischen Verträgen neben der gewollten Erfüllungspflicht statuiert. Auch wenn infolge eines Vertrages allein Schadensersatzpflicht resultiert, so behält der Vertrag doch den Charakter des Rechtsgeschäftes. Wie ist dies mit der Definition des letzteren zu vereinen, die den Kern des Begriffes immer darin erblickt, dass die eintretenden Wirkungen gewollt sind? — Auch in jenem Falle tritt ja die gewollte Wirkung der Obligierung ein, sie nimmt nur, falls nicht Erfüllung erfolgt, eine andere Form an, als gewollt war, indem nämlich statt der Verpflichtung zur Erfüllung vom objektiven Recht ein Surrogat in die Wagschale geworfen wird. Die diese Rolle übernehmende Schadensersatzpflicht ist aber wirtschaftlich nichts anderes als die Erfüllungspflicht[1]).

---

[1]) Denselben Satz spricht Schlossmann, Vertrag S. 311 f. aus, verwertet ihn allerdings, wie schon begründet wurde, unrichtig. Die Obligierung ist nach seiner Ansicht keine Rechtswirkung. Die einzige Wirkung, die ein obligatorischer Vertrag hätte, sei die Schadensersatzpflicht. Diese träte aber nicht schon infolge Perfektion des Vertrages ein — letztere erzeuge keine Wirkung, sondern nur ein „Urteil“ — (s. oben S. 1 ff.), sondern erst, wenn die Nichterfüllung seitens des Schuldners hinzukomme. Infolge der Nichter-

Da die Obligierung an sich gewollt ist und auch im Falle der Schadensersatzverpflichtung eintritt bezw. bestehen bleibt, so ist bei den obligatorischen Verträgen auch für diesen Fall die Rechtsgeschäftsqualität begründet. Dieselbe ist unabhängig von dem Inhalt und Gegenstand der Obligierung. Der wirtschaftliche Wert der Obligation ist das allein Entscheidende und dieser entspricht dem Willen, auch wenn die Schadensersatzpflicht resultiert.

Die hier vom objektiven Recht subsidiär normierte Schadens-

---

füllung sei der Gläubiger in seiner gerechten Erwartung der Erfüllung getäuscht und hätte hierdurch Schaden im rechtlichen Sinne erlitten. Dieser sei ihm kraft Vertrages zu ersetzen, und dies sei die einzige Rechtswirkung des Vertrages, zu deren Eintritt also zum Thatbestand des Vertrages noch die Nichterfüllung des Schuldners hinzukommen müsse. — Schon oben (S. 1 ff.) wurde dieser unrichtigen Auffassung entgegengehalten, dass die von Schlossmann zugestandene, unmittelbare Wirkung des Vertrages, das „Urteil", nichts dem Vertrage eigentümliches ist. Alle Rechtswirkungen bestehen nur in der Erkenntnis, in „Urteilen". Durch diesen Irrtum wird Schlossmann nun dazu gezwungen, den rechtlichen Charakter des Schadens fehlerhaft festzustellen. Wäre die auch nach Schlossmann's Meinung eintretende Obligierung noch keine Rechtswirkung, so würde auch kein Schaden infolge der Nichterfüllung eintreten können. Blosse Erwartungen — eine solche würde die Schlossmann'sche „Obligierung" nur enthalten — werden im Recht nicht geschützt, sondern nur Rechte. Schlossmann muss hingegen, um seine Ansicht durchzuführen — S. 293 —, den untauglichen Satz aufstellen, dass eine Vermögensverletzung überall da vorhanden sei, wo sich jemand im Hinblick auf seine wirtschaftliche Lage verletzt fühle.

Der Hauptfehler Schlossmann's ist aber, dass er übersieht, dass auch die Schadensersatzpflicht, die nach seiner Meinung die einzige Wirkung des Vertrages ist, nur in einem solchen „Urteil" bestehe, dass jene also der unmittelbar eintretenden „Obligierung" auf ein Haar gleicht. Wird nämlich seitens des Schuldners nicht erfüllt, so entsteht auch nur auf dem am Anfang dieser Arbeit angegebenem Wege das Urteil in uns, dass er deswegen dem Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten müsse, ganz ebenso wie auf Grund blosser Perfektion des Vertrages das Urteil entstand, dass der Schuldner zur Erfüllung verpflichtet sei. Schlossmann hätte mindestens auch die Schadensersatzpflicht, auf der er seine Schlüsse aufbaut, als eine nur ideelle erkennen müssen. Wäre er dann noch bei seiner Auffassung verblieben, so hätte ihn diese konsequent zu einem rechtlichen Nirwana führen müssen, und vor diesem Ergebnis wäre er gewiss zurückgeschreckt.

Zu solchen Irrtümern führt die Verkennung einer einzigen, allgemeinen Grundwahrheit, die oben festgelegt wurde.

ersatzpflicht soll den eingetretenen Mangel des rechtlichen Gleichgewichts wieder herstellen, indem statt der gewollten Wirkung ein Surrogat gewährt wird.

Die bisherigen Erörterungen hatten immer nur die vom objektiven Recht herausgebildeten Rechtsgeschäftstypen vor Augen. Das Gesagte galt nur für sie. Dies sind die im Verkehr wichtigsten Geschäfte, die wegen ihrer Wichtigkeit vom Recht dem Verkehrsbedürfnis entsprechend ausgestaltet worden sind. Nur eine dieser Typen braucht willentlich bezeichnet worden zu sein, um all ihre Wirkungen damit zur Entstehung zu bringen.

Das moderne Recht hat aber nicht nur Rechtsgeschäftstypen[1]). Für den Vertrag hat sich die Freiheit seines Inhalts herausgebildet. Der Parteiwille kann im Rahmen der Vertragsform jede beliebige Wirkung von einem Thatbestand abhängig machen. Es müssen nur sämtliche Rechtsfolgen, die eintreten sollen, auch in den Willenserklärungen der Parteien bezeichnet sein, denn ungewollt tritt hier keine spezielle Wirkung ein, da die Parteien die oben bezeichnete Thätigkeit des objektiven Rechts übernehmen und die Herstellung des rechtlichen Gleichgewichts durch Statuierung entsprechender Wirkungen selbst anstreben müssen.

Da nur bei der Form des Vertrages, bei dem dem egoistischen Einzelwillen ein ebenso egoistischer gegenübersteht, die Garantie besteht, dass dieses vom objektiven Recht erstrebte Gleichgewicht nicht verletzt wird, hat sich auch nur eine Freiheit des Vertrages, nicht eine solche des Rechtsgeschäftes überhaupt herausbildet.

Wählen die Parteien die Vertragsform, so können sie neue Thatbestände und neue Wirkungen statuieren. Auf diesem Wege bildet der Verkehr auch immer andere Typen heraus, die dann infolge des Verkehrsbedürfnisses vom Recht adoptiert und in gleicher Weise ausgebildet werden wie ihre Vorgänger, die oben erwähnten Geschäftstypen[2]).

[1]) cf. Endemann, Einf. I 255.

[2]) cf. Brinz IV S. 180 § 546: der Privatwillen kann durch Combinationen der vorhandenen Arten vielleicht neue Spezies von Rechtsgeschäften gestalten, neue Arten vermag er ebensowenig einzuführen, als neue gerichtliche Aktionen.

Es könnte mit Rücksicht auf die hiermit charakterisierte Vertragsfreiheit der im Anfange ausgesprochenen Auffassung von der rechtlichen Wirksamkeit entgegengehalten werden, dass bei der Anwendung eines neuen Vertragsthatbestandes, der im Gesetz nicht normiert ist, die Wirkungen desselben nicht praeter legem eintreten, wie dort für jeden Fall behauptet wurde, sondern praeter voluntatem, dass hier dem Gesetz die erhebliche Rolle bei der rechtlichen Wirksamkeit genommen würde und der Zustand einträte, von dem Ryck[1]) allgemein spricht, dass nämlich ohne Beihilfe der Rechtsordnung Rechtswirkungen ganz autonom erzeugt würden. — Hierauf wäre zu erwidern, dass das im Anfang Ausgeführte auch auf diesen Fall Anwendung findet. Die Sanktion durch die Rechtsordnung kann auch ein solcher „freier" Vertrag insofern nicht entbehren, als eben durch die Rechtsordnung Vertragsfreiheit zugelassen sein muss und dadurch alle im Rahmen des Vertrages geschaffenen neuen Thatbestände und Wirkungen ihre generelle Sanktion für die Zukunft erhalten. Ohne den hierauf gerichteten Willen der Rechtsordnung würde der Zustand der Vertragsfreiheit nicht möglich sein. Die sonst speziell bei jeder Rechtsgeschäftstype gegebene Sanktionierung der Wirksamkeit erfolgt für diese Fälle generell. Auch hier tritt die Rechtswirkung daher praeter legem ein. Die lex setzt sich im Parteiwillen zu dessen Gunsten nur einen Substituten[2]).

II. Sind alle Willenserklärungen Rechtsgeschäfte?

Nachdem sich gezeigt hat, dass das Rechtsgeschäft nicht notwendig eine Willenserklärung zu sein braucht, soll nun die entgegensetzte Frage erörtert werden, ob alle Willenserklärungen Rechtsgeschäfte sind.

Zum Begriff der Willenserklärung gehört lediglich die

— Hiermit hat Brinz durchaus Recht, da die Schöpfung neuer Arten rechtlicher Veränderungen durch den Parteiwillen in der That ausgeschlossen ist. Es handelt sich bei Ausübung der Vertragsfreiheit immer nur um neue Kombinationen, nicht um Neuschöpfungen.

[1]) S. Festgabe für Beseler S. 124 ff.

[2]) cf. hierzu Brinz IV S. 7 Anm. 8.

Äusserung des mittelbaren Willens, d. h. der auf einen Rechtserfolg gerichteten Absicht. Zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehört hingegen ausser dieser selben Absicht noch die kausale Kraft des Thatbestandes, d. h. dessen Fähigkeit, die gewollten Wirkungen auch zu erzeugen [1]). Das Rechtsgeschäft muss, wenn sein gesamter Thatbestand vorliegt, wirksam werden können, während dies der Willenserklärung nicht essentiell ist. Denkt man sich die letztere wirksam, so fasst man sie schon als Element eines Rechtsgeschäftsthatbestandes auf. Dem Begriff der Willenserklärung an sich ist die kausale Kraft nicht essentiell [2]).

Grade in diesem Punkte muss scharf zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung unterschieden werden, da sonst beide Begiffe in einander übergehen. Die nachteiligen Folgen der Vermischung zeigen sich z. B. bei Pininski [3]). Dieser Schriftsteller erklärt die Willenserklärung als „jedes menschliche Verhalten, welches eine Rechtsfolge bewirkt, weil es als der gewollte Ausdruck eines gewissen inneren Willens gilt", und das Rechtsgeschäft [4]) „als jedes menschliche Verhalten, welches eine Rechtsfolge bewirkt, weil es als der gewollte Ausdruck eines sich grade auf diese Rechtsfolge beziehenden Wunsches gilt". — Es ist schwer, hieraus den Unterschied zwischen beiden Begriffen zu entnehmen. Einerseits giebt Pininski auch schon der blossen Willenserklärung kausale Kraft, sieht also hierin kein unterscheidendes Merkmal; andrerseits scheint er den Unterschied darin zu sehen, dass beim Rechtsgeschäft die Folge gewollt sein muss, während dies bei der Willenserklärung nicht nötig ist. Worauf sich der „gewisse innere Wille" bei der Willenserklärung beziehen muss, nimmt Pininski in ihre Definition nicht auf. In diesem Punkte unterscheiden sich aber, wie gesagt, die Begriffe nicht. Sowohl die Willenserklärung wie das Rechtsgeschäft haben die Erfolgsabsicht zum wesentlichen Merkmal.

---

[1]) cf. Bekker im Jahrb. f. Dog. 12 S. 31 Anm. 1.

[2]) Dasselbe Verhältnis zwischen Willenserkl. und Rechtsgesch. hebt auch Isay a. a. O. S. 1 ff. klar hervor.

[3]) a. a. O. S. 290.

[4]) Daselbst S. 317.

Infolge unrichtiger Auffassung des Begriffs der Willenserklärung kommt Pininski zu dem unrichtigen Resultat, dass die Occupation, Dereliktion und die Besitzerwerbshandlungen Willenserklärungen seien. Pininski rät[1]) dazu, den Begriff der Willenserklärung mit dem der Willensäusserung zu vertauschen und findet infolge dessen dort, wo blos eine Willensäusserung vorliegt, — dies ist bei jeder Handlung der Fall — eine Willenserklärung. Infolge jenes irreführenden Sprachgebrauchs kommt er ferner zu dem Resultat, dass das Rechtsgeschäft dem Begriff der Willenserklärung unterzuordnen sei[2]), während man sich das Verhältnis beider Begriffsinhalte in dem bekannten Bilde zweier sich schneidender Kreise zu denken hat.

Unrichtig ist auch die Auffassung Pininski's von dem Wesen der Besitzerwerbs- und Verlusthandlungen des römischen Rechts, dessen Bestimmung er sein umfangreiches Werk gewidmet hat. — Er bedauert[2]), dass diese Handlungen von der herrschenden Lehre aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen würden, da sie dadurch auch den Zusammenhang mit den für die Rechtsgeschäfte gegebenen Normen über error, Stellvertretung u. a. verlören[3]). — Hierin verbirgt sich der weit-

---

[1]) Daselbst S. 334 ff. und oben S. 10 f.

[2]) Daselbst S. 291.

[3]) An anderen Stellen (siehe S. 329, 331, 332) trägt Pininski mangels einer festen Grundlage wieder Bedenken, jene Handlungen als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen. Er giebt schliesslich auch keine definitive Entscheidung über die Natur dieser Handlungen, nähert sie vielmehr nur den Rechtsgeschäften an (S. 332). Damit ist wissenschaftlich wenig gewonnen. — Es handelt sich grade an diesem Punkte um die Regulierung einer Grenze, deren Verwirrung die verhängnisvollsten Folgen nach sich gezogen hat, von der Pininski S. 317 § 13 mit Unrecht sagt, dass sie sich nicht vollkommen scharf ziehen liesse.

Nach Ansicht des Verfassers sind die Besitzerwerbs- und -verlusthandlungen des römischen wie des modernen Rechts keine Rechtsgeschäfte. Der animus possidendi des römischen Rechts ist, was meist verkannt wird, nicht der Erfolgswille. In seiner Natur ist er z. B. ganz dem von § 7 BGB. bei der Wohnsitzbegründung erforderten sog. Domizilwillen an die Seite zu stellen, der auch nicht der Wille zum Rechtserfolg ist. Auf die Prüfung dieser Frage kommt es stets allein an. Beim Besitzerwerb des römischen Rechts ist die Entscheidung hiernach allerdings besonders schwierig.

verbreitete Irrtum, dass nur die Rechtsgeschäfte für die letzterwähnten Prinzipien zugänglich seien. Da man in den Quellen aber doch Fälle von error und grade die Stellvertretung bei Besitzerwerb und -verlust anerkannt findet, so meint man, diese Handlungen deswegen auch als Rechtsgeschäfte oder doch als Willenserklärungen auffassen zu müssen, um jene Erscheinung zu erklären und zu verstehen. Der Verfasser ist hingegen der Ansicht, dass auch diejenigen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, weil sie des Erfolgswillens nicht bedürfen, für die Normen über Handlungsfähigkeit, Freiheit des Willens, Irrtum, Stellvertretung u. a. zugänglich sind, da die Anwendung derselben das Dasein des Erfolgswillens, der sich allerdings nur bei den Rechtsgeschäften vorfindet, gar nicht zur Voraussetzung hat. —

Wo im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, d. h. zur Bewirkung des Erfolges neben einer Willenserklärung noch andere Elemente erforderlich sind, ist die Willenserklärung nicht Rechtsgeschäft. Bisweilen ist ausser jener noch ein Realakt erfordert, der erst im Verein mit ihr rechtlich wirksam wird. So kann die Willenserklärung allein beim Darlehn, bei der Tradition u. a. nicht Rechtsgeschäft genannt werden. — Der Begriff des Rechtsgeschäfts fällt mit dem der Willenserklärung nur da zusammen, wo die letztere einziges Thatbestandsmoment des ersteren ist, wie z. B. beim Stiftungsakt, bei der Auslobung. In den meisten Fällen ist dies nicht der Fall. Abgesehen von dem bereits angegebenen Gesichtspunkt, dass bisweilen ein Realakt hinzukommen muss, ist die Willenserklärung allein auch bei allen Verträgen unwirksam, d. h. nicht Rechtsgeschäft. Sie kann hier nur als Offerte oder deren Annahmeerklärung fungieren. Beide letzteren sind Willenserklärungen in dem oben fixierten Sinne, denn bei beiden muss die Rechtsfolge des in Aussicht genommenen Vertrages (Type oder freier Vertrag) als gewollt erklärt werden. Diese gewollte Wirkung tritt aber infolge jeder Erklärung allein nicht ein, sondern erst mit Perfektion des Vertrages. — Die Offerte erzeugt zwar schon selbständig die Gebundenheit des Offerenten, verleiht sich da-

durch aber nicht den Charakter eines Rechtsgeschäfts, weil jene Wirkung auch ungewollt eintritt[1]).

In den soeben angegebenen Fällen darf die Willenserklärung also nicht als Rechtsgeschäft bezeichnet werden. In einigen anderen, nunmehr zu erörternden Fällen ist sie hingegen wieder als Rechtsgeschäft zu bezeichnen und zu behandeln, wo die Mehrzahl der Autoren ihr diese Qualität abspricht.

Es sind dies diejenigen einseitigen Willenserklärungen, die durch sich allein weder subjektive Rechte begründen noch verändern, sondern geltend machen oder aufrecht erhalten sollen[2]), nämlich die Einwilligung, Genehmigung, Kündigung und Erteilung der Vollmacht. Da diese Erklärungen selbständig subjektive Rechte nicht erzeugen oder verändern, wird ihnen die selbständige Wirksamkeit, die dem Rechtsgeschäftsbegriff eigen ist, abgesprochen und damit auch die Rechtsgeschäftsqualität. — Diese Auffassung ist unrichtig. Sie schreibt sich auch von jenem anfangs klar gelegten Irrtum her, dass alle Rechtswirkungen nur in der Beeinflussung der subjektiven Rechte bestünden. Dagegen sind Rechtswirkungen alle rechtlichen Veränderungen und können, wie im Anfang hervorgehoben wurde, sehr verschiedene Gestaltung annehmen. Alle Rechtswirkungen sind einander coordiniert und gleichwertig; daher auch die sie verursachenden Thatbestände.

Die oben genannten einseitigen Willenserklärungen erzeugen stets die beabsichtigte Wirkung und umgekehrt: müssen auch bei ihnen die eintretenden Wirkungen gewollt sein, damit sie eintreten. Einwilligung und Genehmigung erzeugen nämlich die von der sie erteilenden Person gewollte Wirksamkeit eines sonst unwirksamen Rechtsgeschäfts. Die Erzeugung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist zweifellos eine Rechtswirkung, wenn sie auch nicht in der Entstehung eines subjektiven Rechts oder eines Rechtsverhältnisses besteht. Jene Rechtswirkung muss nun von der handelnden Person gewollt sein, damit sie

---

[1]) Leonhard, Allgem. Teil S. 257 hebt ebenfalls hervor: Antrag und Annahme sind zwei Willenserklärungen, aber ein Rechtsgeschäft.

[2]) So Hölder, Arch. f. civ. Pr. 73 S. 59, Karlowa a. a. O. S. 16.

eintritt; und daher sind diese Willenserklärungen wahre Rechtsgeschäfte [1]).

Bei der Kündigung muss die Bewirkung der Fälligkeit eines Anspruchs gewollt sein und diese tritt als Wirkung auch ein. Bei der Vollmachtserteilung muss die Legitimierung des Bevollmächtigten beabsichtigt sein und diese erfolgt auch. Alle diese Willenserklärungen sind daher Rechtsgeschäfte.

Karlowa [2]) rechnet die Vollmachtserteilung zu denjenigen Willensäusserungen, die nicht auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet seien, sondern „eine Entscheidung geben sollten". Die Vollmacht wolle entscheiden, dass das zu errichtende Geschäft ein solches des Vollmachtgebers sei. — Hieran zeigt sich, dass auch Karlowa die Vielheit rechtlicher Wirkungen nicht kennt. Auch das, was Karlowa nur eine „Entscheidung" nennt, ist aber nichts weiter als eine Rechtswirkung. Die Genehmigung und Einwilligung enthalten auch eine Entscheidung im Sinne Karlowas, aber in dieser ebenso wie die Vollmachtserteilung auch eine Rechtswirkung. Ein subjektives Recht erhält der Bevollmächtigte zwar nicht, jedoch geht an seiner Person eine Rechtsveränderung, eine Rechtswirkung vor sich, die gewollt, d. h. infolge eines Rechtsgeschäfts eintritt [3]).

Immer nur entscheidet der Umstand über die Rechtsgeschäftsqualität, dass die Rechtsfolgen der Handlung gewollt sein müssen. Eine weitere Rücksicht ist nicht zu nehmen. Deswegen ist die Mahnung, die mit den eben erörterten Willenserklärungen meist zusammen genannt wird, kein Rechtsgeschäft. Der Mahnende hat mit seiner Erklärung nur die Mitteilung an den Schuldner zu beabsichtigen, dass dieser zu leisten habe.

---

[1]) cf. hierzu Brinz IV S. 12 Anm. 14 a. E.

[2]) Rsgesch. S. 58 unten. Siehe die Ansicht Zitelmann's hierüber a. a. O. S. 296 ff.

[3]) Leonhard, Allgem. Teil, S. 314 zählt die Vollmacht nicht zu den Rechtsgeschäften, weil die Selbständigkeit der Wirksamkeit fehle. Insofern aber auch nach Leonhard's Ansicht dem Bevollmächtigten das Vertretungsrecht zuerteilt wird, wirkt die Vollmacht doch selbständig. Daher ist die Vollmacht wahres Rechtsgeschäft, nicht nur „Hilfsgeschäft, das für sich allein keine Rechtsfolgen hat" (Leonhard S. 314 II).

Dies ist keine beabsichtigte Rechtsfolge, sondern lediglich eine Mitteilung von inneren Vorstellungen. Der eintretende Rechtserfolg der mora solvendi tritt ex lege auch ungewollt ein und erzeugt nicht die Rechtsgeschäftsqualität. Die Mahnung ist vielmehr zu derjenigen Kategorie rechtlicher Handlungen zu rechnen, die Zitelmann als „Vorstellungsmitteilungen“ bezeichnet[1]), deren Natur der Rechtswissenschaft ebenso unbekannt ist wie jene im Verlaufe dieser Schrift öfters berührten Handlungen, die den Rechtsgeschäften insofern grade entgegengesetzt sind, als ihre Rechtswirkungen ungewollt eintreten, ohne dass es, wie die eben erwähnten, blosse Mitteilungen von Vorstellungen sind.

---

[1]) Zitelmann, „Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB.“. Bekker und Fischer's Beiträge, Heft 7 und 8 Seite 32 ff.

Thesen.

1. Der Besitzerwerb ist, sobald er auf einseitiger Apprehensionshandlung des Erwerbers beruht, weder nach römischem noch nach deutschem bürgerlichen Recht ein Rechtsgeschäft. Er ist vielmehr eine Rechtshandlung, d. h. eine solche juristische Handlung, deren Rechtswirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden eintreten.

2. Der nachstehende Pfandgläubiger hat im römischen Recht kein Recht zum Pfandverkauf.

3. Es giebt eine juristische Stellvertretung auch ausserhalb des Gebiets der Willenserklärungen.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.